Die Mängelhaftung im Werkvertrag.

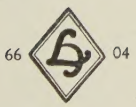
INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Erich Frye
Gerichtsreferendar
aus Neuwied a. Rh.



Marburg 1933

Gedruckt in der Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 4. Juli 1933

Berichterstatter: Herr Geh. Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

Meinen lieben Eltern in herzlicher Dankbarkeit.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 4. Juli 1933

Berichterstatter: Herr Geh. Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern in herzlicher Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0022

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

§ 1: Einleitung. 1

I. Teil. Voraussetzungen der Haftung.

§ 2: Begriff und Inhalt des Werkvertrages. 1

§ 3: Begriff der Werkmängel. 3

§ 4: Maßgebender Zeitpunkt für das Vorhandensein der Mängel (Abnahme des Werks). 8

II. Teil. Die Rechtsbehelfe des Bestellers bei Werkmängeln.

§ 5: Die Begrenzung der Rechtsbehelfe. 11

§ 6: Der Anspruch auf Mängelbeseitigung. 16

§ 7: Der Anspruch auf Wandlung und Minderung. 22

§ 8: Der Anspruch auf Schadensersatz. 36

III. Teil: § 9: Wegfall der Mängelhaftung. 40

IV. Teil. § 10: Die Verjährung der Ansprüche des Bestellers. 43

Literaturverzeichnis.

Baumbach, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 3. Aufl. 1926.

Cappenberg, Die Gewährleistungspflicht des Unternehmers für Sachmängel. Diss. Leipzig 1903.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 8. Aufl. 1927.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 1902.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse. 2. Bd. 1. und 2. Abtl. 1905/06.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearb. 1932.

Gierke v., Otto, Deutsches Privatrecht, 3. Bd. Schuldrecht, 1917.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I. 2. Aufl. 1903.

Haymann, Fehler und Zusicherung beim Kauf, Reichsgerichtspraxis Bd. 3, S. 317 ff. Berlin und Leipzig 1929.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Jena 1900.

Korintenberg, Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag. Diss. Köln 1927.

Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Leonhard, Das Schuldrecht des BGB. 1. Bd. Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929. 2. Bd. Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931.

Levy, Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag. Diss. Erlangen 1903.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Bd. II. Leipzig 1908.

Motive zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Bd. II. Berlin 1888.

Niedermayr, Die Mängelbeseitigung beim Werkvertrag des BGB. Diss. Greifswald 1913.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1. Hälfte, Berlin 1928. 2. Hälfte, Berlin 1929.
Wandlung beim Werkvertrag, im „Recht" 1920 S. 153 ff.
Ortmayer, Die Mängelgewähr beim Werkvertrag. Diss. Heidelberg 1910.
Oser, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 1928.
Petri, Ein Beitrag zum Werklieferungsvertrag, Ziv. Arch. 109, 209 ff.
Planck, Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1914. Besonderer Teil, 4. Aufl. 1928.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. II. Berlin 1898.
Pschorr, Zur Mängelgewähr im Werkvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Garantieversprechens. Diss. Erlangen 1931.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. Jena 1900.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. 1905.
Schmidt-Rimpler, in Ehrenbergs Handbuch V, 1 S. 1 ff.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB., in Gruch. Beitr. Bd. 46 S. 1 ff., 253 ff.
Siméon-David, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Hälfte. 12./13. Aufl. 1923.
Simons, Die Mängelhaftung im Werkvertrag. Diss. Würzburg 1927.
Staudinger v., Kommentar zum BGB. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl. 1929 und 1930. 3. Bd. Sachenrecht, 9. Aufl. 1926.
Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Leipzig 1931.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
Tuhr, v., Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Hälfte 1914; 2. Hälfte 1918.
Wolff, Sachmängel beim Kauf, in Jherings Jahrb. Bd. 56 S. 1 ff.

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für die Zivilistische Praxis.
Blätter für Rechtsanwendung (herausgegeben von Gareis).
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.

Deutsche Juristenzeitung.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts.

§ 1.

EINLEITUNG.

Kreditnot und Arbeitsmangel in einem nie gekannten Ausmaße kennzeichnen die derzeitige ungeheure Weltwirtschaftskrise, die Deutschland besonders hart trifft. Zur Arbeit um jeden Preis führt der Kampf bei den geringen Aufträgen und bringt solide und unsolide Unternehmer, jene wegen mangelnder Arbeit und diese wegen untragbarer Preisunterbietungen und Mängelansprüchen wegen ungenügender Leistungen zur Strecke.

Zahlreiche Prozesse lassen erkennen, wie skrupellos bei unmöglich niedrigen Preisen Zusicherungen bezüglich der Güte eines Werks von Unternehmerseite gegeben werden, nur um Arbeit zu erhalten, in der Erwartung, durch mangelhafte Leistungen unter Ausnutzung der Unkenntnis des Bestellers doch noch einen Gewinn herausschlagen zu können.

In der vorliegenden Arbeit soll das Gebiet der Mängelhaftung des Unternehmers nach den §§ 633 ff. BGB. wegen seiner besonders praktischen Bedeutung einer genaueren Betrachtung unterzogen werden.

I. TEIL.

Voraussetzungen der Haftung.

§ 2.

Begriff und Inhalt des Werkvertrages.

Die Erörterung der die Mängelhaftung im Werkvertrag betreffenden Bestimmungen des BGB. setzt die genaue Kenntnis des Begriffs des Werkvertrages voraus. Von einer eingehenden Stellungnahme zu dem diese Frage behandelnden Schrifttum muß jedoch im Rahmen dieser Arbeit abgesehen werden. Es bleibt unter Verweisung auf die überreiche Spezialliteratur[1]) nur einer kurzen Uebersicht Platz.

Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, durch den der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet wird. Er ist im Gegensatz zum Auftrag, der unentgeltlich ist, ein entgeltlicher Arbeitsvertrag.[1a]) Zu

[1]) vgl. die Angaben bei Oertmann, Vorbem. vor § 611.
[1a]) Leonhard S. 196 ff.

seinen wesentlichen Merkmalen zählt die Verpflichtung des Bestellers zur Entrichtung der Vergütung. Eine Vereinbarung über die Entrichtung der Vergütung, deren Gegenstand nicht nur Geld sondern auch andere Leistungen[2]) sein können, braucht unter den Parteien nicht unbedingt getroffen zu sein. Wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, gilt als stillschweigend vereinbart, daß eine Vergütung zu entrichten ist (§ 632 I). Auch die Höhe der Vergütung braucht nicht bestimmt zu sein. Fehlt es hier an einer Vereinbarung, so ist beim Bestehen einer Taxe die taxmäßige und in ihrer Ermangelung die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 632 II BGB.). Für die Festsetzung der üblichen Vergütung sind die §§ 315, 316 BGB. maßgebend.

Ein weiterer notwendiger Bestandteil des Werkvertrages ist die Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung eines Werks. Hier liegt der Unterschied zum Dienstvertrage, bei dem nur Dienste, nicht auch die Herstellung eines Erfolges versprochen werden.

Der Prüfstein, ob ein Werkvertrag oder ein Dienstvertrag vorliegt, ist — entsprechend der Formulierung des BGB. — der Gegenstand der Verpflichtung.[3]) Nicht etwa auf die Vergütungsgestaltung[4]) oder die Regelung der Gefahr[5]) kommt es an, sondern maßgebend ist, ob eine Verpflichtung zur Erzielung eines Erfolges vorliegt oder nicht. Beim Werkvertrag übernimmt der Schuldner ausdrücklich die Herstellung des „Werkes", macht den zu erzielenden Erfolg selbst zum Gegenstand der vertraglichen Verpflichtung. Seine Nichterreichung, z. B. Nichtfertigstellung eines übernommenen Bauprojekts, bedeutet Nichterfüllung des Vertrages. Liegt aber nur eine Verpflichtung zu Dienstleistungen vor, die natürlicherweise in der Regel einen Erfolg als gestecktes Ziel im Auge haben, ohne daß jedoch der Erfolg selbst versprochen wird, so handelt es sich um einen Dienstvertrag. Oder, wie Otto v. Gierke treffend sagt: Der Dienstvertrag geht auf ein „Wirken", der Werkvertrag auf ein „Werk".[6])

Gegenstand des Werkvertrages kann gemäß § 631 II BGB. sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache wie auch jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg sein. Unter die letztere Gruppe fallen beispielsweise die Transportverträge, ferner wissenschaftliche oder künstlerische Werke, wie die Abgabe eines Gutachtens,

---

[2]) z. B. Naturalien, Gewährung von Unterhalt oder freier Wohnung.
[3]) Leonhard S. 197; Schmidt-Rimpler S. 14; Otto v. Gierke § 199; Oertmann Vorbem. zum 6. Titel 1 b; Enneccerus § 142.
[4]) So Lotmar II S. 422 ff.; a.A. die herrschende Lehre.
[5]) Rümelin a.a.O.; ihn widerlegend Leonhard S. 198.
[6]) Otto v. Gierke a.a.O.

Lieferung eines Zeitungsartikels, Konzerte und Theatervorstellungen.[7])

Soweit es sich um die Herstellung einer Sache handelt, ist endlich noch folgende Unterscheidung zu treffen: wird der Stoff hierzu von dem Besteller geliefert, so ist ein reiner Werkvertrag gegeben. Liegt hingegen auch die Lieferung des Stoffes bei dem Hersteller des Werks, so handelt es sich um einen sog. Werklieferungsvertrag. Auf diesen finden gemäß § 651 I, 1 BGB. die Kaufregeln Anwendung, freilich mit wesentlichen Einschränkungen, wenn die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache in Betracht kommt. Für diesen Fall werden nach § 651 I, 2 BGB. die wichtigsten Bestimmungen über den reinen Werkvertrag, der unseren Darlegungen zugrunde gelegt ist, wieder in Kraft gesetzt.

§ 3.

Begriff der Werkmängel.

Nach § 633 BGB. ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Die richtige Leistung charakterisiert hier das Gesetz nach zwei Seiten: positiv, indem es die zugesicherten Eigenschaften verlangt, negativ durch die Forderung des Nichtbehaftetseins mit Fehlern. Mangelhaft ist das Werk nach § 633 II BGB., wenn es nicht von dieser Beschaffenheit ist. Die §§ 633 ff. BGB. unterscheiden also zwei Arten von Mängeln, nämlich sowohl das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften als auch das Behaftetsein des Werks mit Fehlern, wobei sich im Gegensatz zum Kauf die Haftung auch auf solche Fehler erstreckt, die den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindern. Eine Einschränkung ist nur im § 634 III BGB. hinsichtlich des Anspruchs auf Wandlung gemacht.

Das Werk darf nicht mit „Fehlern" behaftet sein. Hier sei wegen des Begriffs der Fehlerhaftigkeit zunächst auf die erschöpfenden Ausführungen und zahlreichen Beispiele in den maßgebenden Lehrbüchern und Kommentaren[8]) zu den Sachmängelvorschriften beim Kauf verwiesen. Uebereinstimmung besteht in Wissenschaft und Rechtsprechung darüber, was unter einem Fehler zu verstehen ist, nämlich eine ungünstige Abweichung von der normalen Beschaffenheit des Werks. Daraus folgt, daß die Fehlerhaftigkeit nur auf unmittelbare, eben diese Beschaffenheit betreffende physische Eigenschaften

[7]) vgl. die ausführlichen Darlegungen bei Riezler S. 35 ff.

[8]) Enneccerus § 108; Leonhard S. 45 ff.; Oertmann 4 zu § 459; Planck 1 b zu § 459 und die dort angegebene Literatur.

des Werks, wie beispielsweise seine Größe oder Stabilität zu beschränken ist und nicht auszudehnen auch auf mittelbare, die das Werk erst durch Beziehungen zu etwas anderem gewinnt.[9])

Der Nachteil kann in einer Beeinträchtigung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werks bestehen. Der Wert und die Tauglichkeit sind sowohl nach dem gewöhnlichen wie nach dem im Vertrag vorausgesetzten Gebrauch zu bemessen. Das Gesetz stellt also bei Beurteilung alles dessen, was unter die Fehler eines Werks einzubeziehen ist, nicht nur auf einen dem gewöhnlichen Gebrauchszweck bei derartigen Werken entsprechenden Zustand allein ab; vielmehr tut es in gerechter Einsicht auch den Bedürfnissen des einzelnen Vertrages Genüge und erhebt im § 633 BGB. den im Vertrag festgelegten Zweck zum wertschätzenden Faktor.

Eine derartige Zweckbestimmung muß, wie schon angedeutet, im Vertrage selbst liegen, erfordert also eine gültige Willensübereinstimmung beider Parteien, mag diese nun ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt sein.[10]) Auf einseitige Wünsche und Erwartungen des Bestellers, die nicht die Zustimmung des Unternehmers — gleich welcher Form — haben, kann sich der Besteller nicht berufen, wenn der Gebrauch später seinen Erwartungen nicht entspricht.[11]) Nicht unerwähnt sei, daß die Zweckbestimmung im § 633 BGB. auch zu einer vertraglichen Vereinbarung über den Gebrauchszweck führen kann, die nur geringere Anforderungen an den Wert oder die Tauglichkeit einer Sache stellt, als dies nach dem gewöhnlichen Gebrauchszweck der Fall sein würde.[12])

Durchweg werden für die Feststellung eines Fehlers, also einer ungünstigen Abweichung von dem Normalzustande, sowohl hinsichtlich des gewöhnlichen als auch des vertraglich bestimmten Gebrauchszweckes eines Werks Vergleichsmaßstäbe vorhanden sein. Schwierigkeiten dürften sich nur ergeben, wenn es sich um Neukonstruktionen handelt. Hier muß es dem billigen Ermessen des Richters überlassen bleiben, unter Berücksichtigung der örtlichen und sonstigen Lebensauffassungen darüber zu entscheiden, ob überhaupt ein Fehler des Werks oder, was häufiger der Fall sein dürfte, das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft vorliegt. Das Oberlandesgericht Stuttgart[13]) hat anläßlich der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit einer neu erfundenen und erstmalig hergestellten Maschine

---

[9]) vgl. Leonhard S. 45.

[10]) Riezler S. 105; Leonhard S. 49; Oertmann 4 b α zu § 459; Simons S. 14.

[11]) Riezler S. 105; Simons S. 11.

[12]) Leonhard S. 49; vgl. dort die für den Kauf angeführten Beispiele: wenn beispielsweise Steine zum Auffüllen einer Straße oder Haufen Papier zum Einpacken gekauft werden.

[13]) OLG. Rspr. 17, 419 ff.

folgende Richtlinien aufgestellt: „Hier fehlt der Vergleichungsmaßstab mit einer Maschine dieser Art, die es eben nicht gibt. Als Vergleichungsmaßstab darf nicht eine gedachte ideale Maschine genommen werden. . . Das Werk ist mit keinem Fehler behaftet, falls nach dem dermaligen Stand der Technik sich nichts Besseres hat herstellen lassen, mag es auch zu dem vorausgesetzten Gebrauch oder bei ähnlichen Maschinen gewöhnlichen Gebrauch sich nicht mit Vorteil verwenden lassen." Dieser Lösung ist die Zustimmung nicht zu versagen.

Das Werk muß die zugesicherten Eigenschaften haben (§ 633 BGB.). Der Hersteller eines Werks hat, soweit die Fehlerhaftigkeit in Frage kommt, seine Verpflichtungen erfüllt, wenn er das Werk so hergestellt hat, daß es nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. § 633 BGB. verlangt aber von ihm zu einer ausreichenden Leistung dazu, daß er dafür Sorge zu tragen hat, daß das Werk auch die zugesicherten Eigenschaften hat.

Weil in den meisten Fällen der Besteller eines Werks, das ja erst entstehen soll, seinen persönlichen Einfluß soweit wie möglich geltend machen wird, um dem Werk das von ihm gewünschte individuelle Gepräge zu geben, spielen die zugesicherten Eigenschaften hier noch eine bedeutendere Rolle als beim Kauf einer Sache, die fertig ist, die der Käufer beobachtend schon beurteilen und der Verkäufer meist nicht oder doch sehr selten noch gestaltend beeinflussen kann.

Das Schrifttum[14]) hat den Begriff der zugesicherten Eigenschaften ausführlich bei Besprechung der §§ 459 und 463 BGB. gewürdigt und verweist beim Werkvertrag auf die Aehnlichkeit in diesen Punkten zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag.

Die Eigenschaften haben Wissenschaft und Rechtsprechung hier mit Recht über die unmittelbaren physischen, der Sache selbst anhaftenden ausgedehnt und auch Beziehungen und Verhältnisse tatsächlicher und rechtlicher Art hineinbezogen, die als wertbeeinflussende Faktoren zu beachten sind, so beispielsweise Leistungsfähigkeit, Ertrag und Umsatz. Das Reichsgericht[15]) definiert so: „Unter den Begriff der Eigenschaften fallen nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung

---

[14]) Leonhard S. 51 ff. und S. 57 ff.; Dernburg § 184 III; Enneccerus § 108; Planck 2 a zu § 459; Oertmann 5 zu § 459.

[15]) RG. 52, 2.

der Sache auszuüben pflegen." Hier muß jedoch bezüglich des Werkvertrages eine Einschränkung erfolgen. Beim Verkauf des schon vorhandenen Kaufgegenstandes (Betriebes) liegen z. B. die Ertragsverhältnisse vor und können als wertbeeinflussende Faktoren beurteilt werden. Bei einem erst herzustellenden Werk dagegen ist es nicht möglich, den noch zu erwartenden Ertrag in einer bestimmten Höhe innerhalb der normalen Haftung für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften zu berücksichtigen. Lediglich die Leistungsfähigkeit der Anlage ist hier eine Eigenschaft, die der Hersteller zusichern kann.[16]) Soll trotzdem der Unternehmer für den bestimmten Ertrag haftbar sein, in dem Sinne, daß er das Fehlende aus eigenen Mitteln aufzubringen hat, in ähnlicher Weise wie beispielsweise bei der Garantie einer Mindestdividende der Firma F. Krupp A.-G., Essen, den Aktionären der Westfälischen Drahtindustrie Hamm gegenüber, so liegt diese Haftung abseits der Haftung für zugesicherte Eigenschaften. Sie muß durch ausdrückliches Garantieversprechen als ein Einstehenwollen für den bestimmten Ertrag festgelegt werden.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts[17]) fordert beim Kaufvertrag für die Zusicherung, „daß die Erklärung vom Käufer als vertragsmäßige verlangt, vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wird", sowohl für die Haftwirkung nach § 463 als auch für § 459 II BGB. Die herrschende Lehre[18]) stützt sich auf diese ständig geübte Rechtsprechung. Mit dieser Festlegung des Begriffs der Zusicherung schaltet sie den schon im römischen Recht geltenden Unterschied zwischen „dictum" und „promissum" aus und versagt dem dictum bezüglich der Mängelhaftung jede Wirkung. Einen krassen Fall unbilliger Härte, mit der ein Käufer dann getroffen werden kann, zeigt folgendes Beispiel: Zwei Geigen werden für den hohen Preis von 8500 RM. gekauft, weil der Verkäufer versicherte, daß sie von vorzüglicher Klangschönheit und besonders guter Qualität seien, einen hohen Kunstwert hätten und der Preis nicht nur angemessen, sondern sogar billig sei. Es wurde festgestellt, daß die Geigen keine künstlerische Qualität besaßen, also keine wertvollen Exemplare waren und nur einen Wert von etwa 700 RM. hatten. Das Reichsgericht entschied mit Recht, daß ein Fehler, also ein Abweichen von der normalen Beschaffenheit, nicht vorliege, ließ aber, weil der Verkäufer die geforderte Gewähr abgelehnt hatte und es dem bloßen dictum keine Bedeutung beimaß, die Versicherungen des Ver-

---

[16]) RG. in Seuff. Arch. 62 No.156; zustimmend Oertmann 1 b α zu. § 633; Planck 1 a zu § 633; Pschorr S. 13; Simons S. 16.

[17]) RG. 54, 223; RG. in Seuff. Arch. 60 No. 4; Warn. Rspr. 1917 No. 100

[18]) vgl. Planck 2 a zu § 459; Enneccerus § 108; Staudinger IV, 1 a zu § 459.

käufers unbeachtet und wies alle Mängelansprüche des klagenden Käufers ab.[19]) Entgegen der oben gekennzeichneten Auffassung bin ich der Meinung, daß man aus Billigkeitsgründen und zum Schutz des Käufers und Bestellers unbedingt auch heute nicht allein dem promissum, sondern auch dem dictum gebührende Beachtung schenken muß und zwar in dem Sinne, daß, soweit der § 459 II BGB. bzw. § 633 BGB. in Frage kommt, die Zusicherung = einseitiger formloser Zusage ist, daß die Eigenschaft vorhanden sei und nur für § 463 BGB. die vertragliche Form gefordert werden muß, also Zusicherung = vertragsmäßig verpflichtender Zusicherung.[20]) Sie enthält ein Einstehenwollen für einen entstehenden Schaden.[21])

Wenn man die sprachliche Seite des Wortes „zusichern" beachtet, so muß man auch zu dem Ergebnis kommen, daß eine Zusicherung nicht mehr als eine ausdrückliche einseitige Willenskundgebung zu sein braucht. Das „Zusichern" im gewöhnlichen Sprachgebrauch drückt das Bereitseinwollen des einen, hier zusagenden Teiles deutlich aus und setzt das Vorhandensein eines nehmenden, einverstandenen Teiles, gewissermaßen als selbstverständlich, voraus.

Der Klarheit wegen dürfte es angebracht sein, die Ausdrücke Garantie und garantieren hier als erklärend für die „Zusicherung" möglichst auszuschalten; denn ihre Verwendung im Geschäftsleben des Alltags läßt erkennen, wie vieldeutig sie gebraucht werden.[22])

Ist, wie oben dargelegt wurde, für die Begründung der aus dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften entspringenden Haftung die einseitige, formlose Zusage schon maßgeblich, so erübrigt sich nur noch die Abgrenzung nach unten in dem Sinne, daß nun nicht jeglicher Angabe haftende Bedeutung zugesprochen werden kann. Was nach Form und Inhalt als marktschreierische Reklame (z. B. Anschlagsäule, Massenprospekte) zu erkennen ist, scheidet aus.[23]) Dagegen muß man zum Schutze des Publikums aber beispielsweise den in Katalogen enthaltenen Angaben schon Bedeutung beimessen. Ernstlichkeit und Rechtsverbindlichkeit, auf die es bei der Zusage ankommt,[24]) müssen jedoch gerade heute bei dem klaffenden Gegensatz zwischen Angebot und Nachfrage sorgfältig geprüft werden. Der große Mangel an Aufträgen führt dazu, leichtfertig zuzusichern, zumal bei einem noch herzustellenden

---

[19]) So RG. 97, 351; a.A. Leonhard S. 53/54; Enneccerus § 108 Anm. 1.
[20]) Leonhard S. 51 ff. und S. 57 ff.; Wolff in Jher. Jahrb. 46, 44 ff.; Dernburg § 184 III; Gierke § 194 Anm. 16; Haymann, Reichsgerichtspraxis 3, 336 ff.
[21]) Leonhard a.a.O.
[22]) vgl. hierzu die Bemerkungen Leonhards S. 58, 87, 330.
[23]) Leonhard S. 51; Riezler S. 105; Pschorr S. 14.
[24]) Leonhard S. 51; Riezler S. 105; Pschorr S. 14.

Werke. Preisunterbietung in Verbindung mit Ueberbieten in Versprechungen sind Kampfmittel der konkurrierenden Unternehmer, um Arbeit zu erhalten. Sie bergen reichlichen Konfliktstoff und geben den Gerichten häufig Gelegenheit, die dünnen Grenzen zwischen den erörteten Mängeln „Behaftetsein mit Fehlern" und „Fehlen zugesicherter Eigenschaften" zu ziehen.

§ 4.

Maßgebender Zeitpunkt für das Vorhandensein der Mängel (Abnahme des Werks).

Die Mängel müssen in einem Zeitpunkt vorhanden sein, in dem die Gefahr noch nicht auf den Besteller übergegangen ist, das Risiko der Bezahlung also noch beim Unternehmer liegt, wenn das Werk zufällig, „d. h. ohne daß einer der Vertragsteile selbst das Ereignis nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hätte", verschlechtert wird.[25]) Entscheidend für den Uebergang der Gefahr ist der Zeitpunkt der Abnahme des Werks. Denn nach § 644 I BGB. trägt der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werks, wozu der Besteller nach § 640 I BGB. verpflichtet ist.[26]) Weil die Abnahme für den Gefahrübergang bedeutsam ist und sich nach ihr außerdem noch der Beginn der Verjährung der Mängelansprüche (§ 638 BGB.) sowie die Fälligkeit der vom Besteller geschuldeten Vergütung richten (§ 641 BGB.), ist die vielumstrittene Frage zu klären, was unter dem Begriff der Abnahme beim Werkvertrag zu verstehen ist.

Einige Schriftsteller[27]) stellen ihn dem von der herrschenden Lehre in Anlehnung an den § 433 BGB. für den Kauf aufgestellten Abnahmebegriff gleich. Das bedeutet: sie verstehen unter der Abnahme nur die tatsächliche Entgegennahme des Werks. Doch ist m. E. die Begriffsbestimmung der Abnahme beim Werkvertrag gegenüber dem Kauf dahin zu erweitern, daß auch eine Erklärung des Bestellers über die Richtigkeit der Leistung gefordert werden muß.[28]) Beim Kauf ist der Käufer in der Lage, den gekauften Gegenstand schon vor oder bei Abschluß des Vertrages zu untersuchen, während der Besteller des noch herzustellenden Werks zunächst das Werk ja nicht kennt und erst nach seiner Fertigstellung Gelegenheit hat, es auf seine Beschaffenheit zu prüfen. Es entspricht daher im Interesse des Bestellers durchaus der

[25]) Cappenberg S. 16.

[26]) Die Abnahmepflicht des Bestellers ist Schuldnerpflicht und ist daher von der Annahme eines Gläubigers zu unterscheiden (vgl. Leonhard S, 93, 227; Korintenberg S. 20).

[27]) Titze S. 299; Lotmar II S. 843 ff.; Jacobi in Jher. Jahrb. 45, 280.

[28]) so Leonhard S. 227; Enneccerus § 149 Anm. 2; Planck 1 c zu § 640 mit Literaturangaben.

Billigkeit, wenn man beim Werkvertrag die Abnahme, an welche so wichtige Rechtsfolgen, wie Gefahrübergang und Beginn der Verjährung, geknüpft sind, nicht schon einfach mit der Hinwegnahme des Werks zusammenfallen läßt, sondern daß in der Abnahme das Ergebnis der Prüfung des Werks in Form einer Erklärung über die Richtigkeit der Leistung enthalten ist.[29]) In der Abnahme des § 640 BGB. ist daher nach herrschender Lehre[30]) die Annahme als Erfüllung nach § 363 BGB. zu erblicken. Es genügt hiernach nicht die Entgegennahme des Werks, sondern das Werk muß auch als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Leistung anerkannt werden.[31]) Dieses Ergebnis entspricht aber auch umgekehrt den Interessen des Unternehmers. Ihm, der zur Beseitigung etwaiger Mängel verpflichtet ist, liegt berechtigterweise daran, daß sein Werk von dem Besteller möglichst bald geprüft und als Leistung in dem obigen Sinne anerkannt wird.[32]) Denn hierdurch kehrt sich gemäß § 363 BGB. die Beweislast zu seinen Gunsten. Nach der Annahme als Erfüllung hat der Besteller, der Mängelansprüche geltend machen will, den Beweis für die Mangelhaftigkeit des Werks zu führen.

Einer absichtlichen Verzögerung der Abnahme des hergestellten Werks seitens des Bestellers kann der Unternehmer damit begegnen, daß er auf Abnahme klagt, wozu er, wenn seine Leistung wirklich vertragsgemäß ist, berechtigt ist. Auch gerät der Besteller nicht nur in Gläubiger- oder Annahmeverzug, sondern auch in Schuldnerverzug mit dessen Wirkungen.[33])

Die obige Umreißung des Abnahmebegriffs rechtfertigt sich aber auch aus der Fassung des Gesetzes. Denn der § 640 I BGB. spricht ausdrücklich von der Abnahme „des vertragsgemäß hergestellten Werks". Ferner spricht für unsere Auffassung die Entstehungsgeschichte des § 640 BGB.:[34]) Die zweite Kommission entschied sich mit überwiegender Mehrheit aus den angeführten Gründen insbesondere wegen der Beweislast dafür, daß die Abnahme die Bedeutung der Annahme als Erfüllung des § 363 BGB. haben sollte.[35]) „Auch war man darüber einverstanden, daß die verschiedene Bedeutung der Abnahme in § 459 II (jetzt § 433 II BGB.) auf der einen und in den Vorschriften über den Werkvertrag

---

[29]) Simons S. 21.

[30]) Leonhard S. 227; Enneccerus § 149 Anm. 2; Oertmann 2 zu § 640; Planck 1 c zu § 640 sowie RG. 57, 338; 62, 214; 64, 240; 107, 339.

[31]) Vgl. insbes. RG. 57, 337 ff.; 107, 343.

[32]) Leonhard S. 228; Simons S. 22.

[33]) Leonhard S. 229; Korintenberg S. 19.

[34]) vgl. Prot. II S. 317—319.

[35]) Im Gegensatz zu den Mot. II S. 490, wonach die Abnahme im Werkvertrag mit der beim Kauf gleichbedeutend sein sollte.

auf der anderen Seite durch eine Aenderung der Fassung zum Ausdruck zu bringen sei."[36]) Diese Aenderung hat jedoch die Redaktionskommission nicht vorgenommen, sondern die Fassung des Entwurfs I beibehalten, wohl in der richtigen Erkenntnis, daß man durch die Ausdrucksweise „die gekaufte Sache abzunehmen" und „das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen" die Verschiedenheit der beiden Fälle genügend hervorgehoben habe und daß sich die Bedeutung der Abnahme im Werkvertrag als Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 BGB. eben schon aus der bestehenden Fassung des Gesetzestextes ohnehin ergäbe.[37])

Wenn man schon, wie wir es getan haben, den Begriff der Abnahme über die bloße Entgegennahme des Werks ausdehnen muß, so darf man doch nicht so weit gehen und der Abnahme die Bedeutung einer wirklichen Billigung als vertragsmäßig, d. h. mangelfrei zuschreiben.[38]) Denn schon aus § 640 II BGB. geht sicherlich hervor, daß die Abnahme auch bei mangelhaftem Werk möglich ist: „Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk an, obgleich er den Mangel kennt, so ..." Aber auch § 638 BGB. weist auf die Unmöglichkeit einer derartigen Auslegung hin, indem er die Verjährungsfristen für die Ansprüche aus den §§ 633 ff. BGB. mit der Abnahme des Werks beginnen läßt. Die Bestimmung verlöre jegliche Bedeutung, wenn die Abnahme eine wirkliche Billigung des Werks als vertragsmäßig darstellte, weil diese alle Mängelansprüche, falls sie nicht vielleicht vertraglich vorbehalten wären, ausschließen würde.[39]) Vor allem widerspricht es aber der Billigkeit, und es würde eine ungemeine Härte für den Besteller bedeuten, von ihm — der meist Nichtfachmann ist — eine Erklärung zu verlangen, die er schlechthin nicht geben kann, ohne seine Rechte zu gefährden.

Deshalb trifft den Besteller nach dem BGB.[40]) auch keine besondere Prüfungspflicht auf das Vorliegen von Mängeln oder Anzeigepflicht für entdeckte Mängel, um sich die Rechte aus den §§ 633 ff. BGB. zu erhalten.[41]) Eine allgemeine Beschränkung ihrer Geltendmachung bietet nur die kurze Verjährungsfrist des § 638 BGB.

Gemäß § 640 BGB. entfällt die Pflicht zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werks, sofern die Abnahme nach der Beschaffenheit des Werks ausgeschlossen ist. Nach unse-

[36]) Prot. II S. 315.

[37]) Planck 1 b zu § 640; Simons S. 23; Korintenberg S. 20 Anm. 30.

[38]) So Crome § 266; Riezler S. 135; Rümelin S. 214 ff.

[39]) Vgl. Leonhard S. 228; Korintenberg S. 19; auch RG. 107, 343.

[40]) Anders z. B. im HGB. (§ 373, § 381 II) und Schweizer Obligationenrecht. Dort wird gemäß Art. 370 II stillschweigende Genehmigung angenommen mit der Wirkung, daß der Unternehmer von seiner Haftpflicht befreit wird (Art. 370 I), wenn der Besteller die im Art. 367 gesetzlich vorgesehene Prüfung und Mängelanzeige unterläßt!

[41]) Vgl. Prot. II S. 317.

rer Kennzeichnung der Abnahme als reale Uebernahme des Werks im Sinne der Erfüllungsannahme müssen also beide Momente als ausgeschlossen gelten, um die Abnahmepflicht zu verneinen. Das Reichsgericht[42]) hat in einem Falle, wo es sich um die Abnahme von Eisenbetonarbeiten an dem Um- und Neubau auf dem Grundstück des Bestellers handelt, entschieden: „Kann das Werk körperlich nicht hingenommen werden, weil es sich im Besitz des Bestellers befindet, so beschränkt sich die Abnahme auf die Erklärung des Bestellers, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrag entsprechende Erfüllung anerkenne. Unklarheiten brauchen deshalb nicht einzutreten." Dieser Entscheidung ist nach dem oben Gesagten zuzustimmen. Daraus folgt, daß für die Regel der Fälle die Abnahmepflicht zu bejahen ist, auch für immaterielle Werke, wo die Beurteilung der Leistung auch gegeben ist und die Abnahme sich eben dann nur hierauf beschränkt, z. B. bei einem Gutachten. Eingeschaltet sei hier, daß auch im Baugewerbe in solchen Fällen, wo eine körperliche Hinnahme nicht in Betracht kommen kann, wenn also beispielsweise der Besteller als Besitzer eines Gebäudes an ihm Arbeiten ausführen läßt, der Ausdruck „Abnahme" üblich ist; sie erschöpft sich dann in der prüfenden Besichtigung des vollendeten Werks.[43]) Nur wo beide Möglichkeiten, also Entgegennahme des Besitzes und eine Erklärung über die Leistung, ausscheiden, tritt an Stelle der Abnahme die Vollendung des Werks.[44])

II. TEIL.

Die Rechtsbehelfe des Bestellers bei Werkmängeln.

§ 5.

Die Begrenzung der Rechtsbehelfe.

Das BGB. hat es unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Besonderheit des Werkvertrages im Falle der Mangelhaftigkeit des Werks weder nur bei den üblichen, sich aus den Rechtssätzen für gegenseitige Verträge im allgemeinen ergebenden Rechtsfolgen belassen, noch andererseits sich die Vorschriften über die Haftung des Verkäufers für Mängel der Sache ganz zum Vorbild genommen. Vielmehr ist aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit unter ausgleichender Abwägung der Interessen des Unternehmers und des Bestellers für den Werkvertrag in den — allerdings dispositiven[1]) — §§ 633 ff.

---

[42]) RG. 110, 407.

[43]) Vgl. Leonhard S. 229.

[44]) So Leonhard S. 228; z. T. abweichend Enneccerus § 149 Anm. 2; Oertmann 3 zu § 640; Planck 1 e zu § 640.

[1]) Einzige Ausnahme in § 637 BGB. bei arglistigem Verschweigen des Mangels durch den Unternehmer.

BGB. eine Sonderregelung dieser Ansprüche getroffen worden.[2])

An die Spitze der vorgenannten Bestimmungen stellt das Gesetz die Forderung, daß der Unternehmer das Werk mangelfrei herzustellen hat und gibt dem Besteller für den Fall der Mangelhaftigkeit im § 633 II BGB. zunächst das Recht, die Beseitigung des Mangels zu verlangen; eine Vorschrift, die der Eigenart des Werkvertrags entspricht und die bei den für das Kaufrecht normierten Mängelansprüchen nicht zu finden ist.[3]) Denn Unternehmer und Händler treiben Geschäfte, die in ihrer Wesensart gänzlich verschieden sind. Letzterer, wenn er nicht zufällig Handwerker ist, ist gar nicht in der Lage, Reparaturen auszuführen; seine Tätigkeit besteht darin, fertige Waren abzusetzen. Von ihm verlangt darum — wenigstens beim Verkauf einer Einzelsache[4]) — das Gesetz auch gar nicht die Lieferung einer mangelfreien Sache, wohl aber vom Unternehmer. Weil er sich zur Herstellung eines Werks verpflichtet hat, muß er auch dafür sorgen, daß es mangelfrei wird; entweder durch eigene oder — bei fehlender Fähigkeit — durch fremde Arbeit.

Die vorstehenden Ausführungen leiten über zu einer gerade wieder in jüngster Zeit[5]) oft diskutierten Frage, nämlich der Unterscheidung der Gewährleistungspflicht von der Erfüllungspflicht, zu der ich in diesem Zusammenhang unter Beschränkung auf den vorliegenden Fall Stellung nehmen möchte. Denn es wird oft, wohl in Anlehnung an die Regeln der Sachmängelhaftung beim Kauf, die das Gesetz unter der Ueberschrift „Gewährleistungspflicht wegen Mängel der Sache" zusammenfaßt, auch in einigen anderen Vertragstypen beim Vorhandensein von Mängeln von einer Gewährleistungspflicht gesprochen, wo es sich streng genommen nicht um eine solche handelt; so insbesondere auch bei der Mängelbeseitigungspflicht des Unternehmers beim Werkvertrag.

In den Fällen der echten Gewährleistungspflicht hat der Schuldner für einen Zustand, die Freiheit von Mängeln, nur einzustehen, ohne daß eine vertragliche Verpflichtung zur fehlerfreien Leistung selbst besteht. Die Gewährleistungspflicht des Schuldners, der — wie oben dargelegt — auch bei mangelhafter Lieferung voll erfüllt hat, erschöpft sich also in der Ausgleichung der durch die Mangelhaftigkeit entstandenen Enttäuschung.[6])

---

[2]) Vgl. Mot. II, 478.

[3]) Lediglich für den Gattungskauf ist im § 480 BGB. ein Nachlieferungsanspruch gegeben.

[4]) Nur für diese gelten die folgenden unterscheidenden Ausführungen; vgl. im übrigen hierzu Leonhard S. 77 ff., 217.

[5]) Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, 1931; Korintenberg, Diss. 1927, sowie Erfüllung und Gewährleistung, D. Rechtspfl. 32/19, 155, 311.

[6]) Vgl. Leonhard, S. 79.

Anders bei dem Beseitigungsanspruch des Bestellers im Werkvertrag. Hier ist die mangelfreie Herstellung des Werks Gegenstand der Leistungspflicht des Unternehmers. Die Lieferung eines mangelhaften Werks bedeutet Nichterfüllung; und der Beseitigungsanspruch beruht eben gerade auf der Verletzung der vertraglichen Verpflichtung zur fehlerfreien Leistung. Der Mängelbeseitigungsanspruch verfolgt also die Mängelfreiheit des Werks als Erfüllung einer Vertragspflicht. Mit anderen Worten ist der Unternehmer auf Grund des Werkvertrags ohne weiteres zur Mängelfreiheit des Werks verpflichtet; er hat nicht nur für die Freiheit des Werks von Mängeln einzustehen, Gewähr zu leisten.[7]) Der Mängelbeseitigungsanspruch ist daher nicht Gegenstand der Gewährleistungspflicht.[8]) — Weil die mängelfreie Herstellung des Werks zur Vertragspflicht des Unternehmers gehört, kann daher der Besteller, wenn das Werk mangelhaft ist, gemäß § 320 BGB. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen, also seinerseits die Entrichtung der Vergütung verweigern, soweit das nicht nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des Mangels gegen Treu und Glauben verstößt (§ 320 II BGB.)[9])

Die Verpflichtung zur mangelfreien Herstellung des Werks trifft für jeden Werkvertrag zu, also unabhängig davon, ob er die Anfertigung oder Veränderung von Sachen oder die Herbeiführung eines anderen Erfolges, wie beispielsweise die Abgabe eines Gutachtens, Abfassung eines Zeitungsartikels, Theaterdarbietungen u. dgl. zum Inhalt hat. Letztere werden vielfach unter dem Namen „immaterielle" Werke zusammengefaßt. Für den Fall, daß es sich um die Herstellung einer Sache handelt und diese Mängel hat, entstehen jedoch besondere Pflichten aus den Bestimmungen der §§ 634 ff. BGB. Der Unternehmer haftet dann auf Wandlung und Minderung (§ 634 BGB.) und statt dessen, wenn er den Mangel zu vertreten hat, nach § 635 BGB. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der Wortlaut des § 634 BGB. verleitet allerdings, diese Regeln auch auf andere Leistungen, immaterielle Werke, auszudehnen. Von der herrschenden Lehre[10]) wird in der Tat, wenn auch teilweise mit Einschränkungen, so verfahren. So schreibt Riezler:[11]) „Für letztere Kategorie von Werkverträgen (gemeint sind sog. immaterielle Werke) wird also häufig besonders zu prüfen sein, ob und in welchem Maße eine Anwendung jener Einzelvorschriften erforderlich und möglich ist." Die Anwendbarkeit der erwähnten Vorschriften bei Män-

---

[7]) Süß a.a.O. S. 105 ff.; Korintenberg, Diss. S. 15; Pschorr S. 21.

[8]) Ebenso Süß a.a.O. und Genannte.

[9]) Staudinger III 1a zu § 633; Planck 4 vor § 633 ff.; Korintenberg, Diss. S. 22; Pschorr S. 22.

[10]) Vgl. die Angaben bei Oertmann 1 zu § 636 und Planck 5 zu § 636.

[11]) Riezler S. 122.

geln solcher Werke wird von manchen dieser Schriftsteller dann wohl je nach Lage des Falles aus Gründen der praktischen Undurchführbarkeit eingeschränkt oder abgelehnt. Aber diese Gedankengänge sind abwegig; sie gehen an dem Kern der Sache vorbei. Die Anwendung der betreffenden Vorschriften muß grundsätzlich abgelehnt werden, weil sie nach meiner Auffassung nur für Werkverträge Geltung haben sollen, die sich auf die Herstellung oder Veränderung einer Sache beziehen. Den richtigen Weg geht Leonhard,[12]) der zur Begründung die Rechtslage beim Kauf und die Tendenz des Gesetzes für die Zulassung dieser Ansprüche heranzieht. Auch beim Kauf, der die Rechtsbehelfe der Wandlung und Minderung grundlegend regelt, ist Voraussetzung für diese Ansprüche, daß eine Sache verkauft ist. Und es ist ohne Bedenken zuzustimmen, wenn hervorgehoben wird, „es sei eben durchaus nicht ein Satz des allgemeinen Vertragsrechts, daß Verträge durch mangelhafte Leistungen aufgelöst werden könnten, sondern es beruhe auf einem besonderen Vorrecht für den Kauf und die verwandten Sachverträge."[13]) Hierfür spricht m. E. auch § 493 BGB. Vor allem aber § 638 BGB.; denn die dort bestimmte kurze Verjährungsfrist kann gerade nur auf solche Schäden bezogen werden, die aus Mängeln der gelieferten Sache herrühren, weil die Aufsuchung und korrekte Feststellung von Sachschäden nach einem längeren Zeitraum sehr erschwert ist.[14])

Unsere Unterscheidung wird auch vielfach eingeräumt. Denn auch die eben gekennzeichneten verschiedenen Auffassungen führen im Einzelfall häufig zu demselben Ergebnis. So verneint z. B. Ennecceruss,[15]) der die Anwendungsbeschränkung dieser Vorschriften auf Sachmängel als zu eng bezeichnet, dennoch ein Rücktrittsrecht vom Vertrage, wenn eine Theatervorstellung mangelhaft ist. Und Riezler sagt auf S. 123: „Wer ins Theater geht, übernimmt nach der Verkehrssitte von vornherein das Risiko, sein Geld auch dann auszugeben, wenn die Vorstellung schlecht ist; eine entgegenstehende besondere Zusicherung der Theaterleitung kann nicht als Garantieübernahme aufgefaßt werden." Wenn aber nach Riezler „die Leistung mit den gemachten Zusicherungen und dem, was billigerweise erwartet werden durfte, in einem derartigen Mißverhältnis steht, daß der Richter einen Anspruch auf Minderung oder Schadensersatz wird zubilligen müssen",[16]) so läßt sich auch wohl wegen unzureichender Erfüllung des Unternehmers aus

---

[12]) Leonhard S. 219.
[13]) Leonhard a.a.O.
[14]) Leonhard a.a.O.
[15]) § 108 II, 7.
[16]) z. B. wenn das Auftreten eines Virtuosen angekündigt wird und ein Stümper erscheint, der kaum die Anfangsgründe hinter sich hat (Riezler, a.a.O.).

allgemeinen Grundsätzen (§§ 323 ff. BGB.) herleiten, daß ihm kein volles Entgelt zusteht.[17])

Zu erörtern wäre hier noch die interessante Frage, ob auch bei gegebener Mängelhaftung neben den speziellen Vorschriften des Werkvertragsrechts die allgemeinen Bestimmungen wegen Nichterfüllung zu berücksichtigen sind oder der Besteller auf die erstgenannten Ansprüche beschränkt ist. Das sehr streitige Gebiet der Konkurrenz zwischen den Sachmängelansprüchen und den Rechten aus den §§ 323 ff. BGB. ist denn auch — meist allerdings unter vergleichender Zugrundelegung der Gewährleistungsansprüche im Kaufvertrag — zum Gegenstand zahlreicher beachtlicher Untersuchungen geworden, die zu den verschiedensten Ergebnissen führen.[18]) Bei Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage nach der Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen neben den Mängelansprüchen im Falle mangelhafter Herstellung des Werkes muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß beim Werkvertrag, wie schon hervorgehoben, die Mängelfreiheit des Werks Gegenstand der Leistungspflicht ist, was oft nicht genügend berücksichtigt oder wenigstens nicht zum Ausdruck gebracht wird. Es ist also aus dogmatischen Gründen von vornherein eine andere Beurteilung als beim Specieskauf geboten, die allerdings nun nicht zwingend auch zu einem abweichenden Ergebnis zu führen braucht.

Die Vorschriften der §§ 323 ff. BGB. kommen allgemein zum Zuge, wenn bei gegenseitigen Verträgen die Erfüllung der Leistungspflicht ganz oder teilweise unmöglich, im vorliegenden Falle also die mangelfreie Herstellung des Werks unmöglich ist. Daraus ist einmal ersichtlich, das korrekterweise beim Vorliegen von Werkmängeln nicht schon schlechthin auch von Unmöglichkeit der Leistung und der daran geknüpften Folgen gesprochen werden kann. Denn zunächst muß doch berücksichtigt werden, daß die Mängel ja noch behebbar sein können und damit die Erbringung der Leistung immer noch möglich ist. Soweit also dieser Fall der Abstellbarkeit der Mängel gegeben ist, wird die Frage nach der Anwendbarkeit der Unmöglichkeitsgrundsätze neben den Mängelansprüchen ohne weiteres gegenstandslos.[19])

Ist aber umgekehrt die Herstellung der Mangelfreiheit tatsächlich unmöglich, so steht der Anwendbarkeit der Unmöglichkeitsvorschriften grundsätzlich nichts entgegen; denn dann ist ja auch die notwendige Voraussetzung, nämlich die vollständige oder teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung dieser Leistungspflicht, gegeben.

---

[17]) Ebenso Leonhard S. 20.

[18]) Kisch S. 194 ff.; Süß S. 227 ff.; Schöller in Gruch. Beitr. Bd. 46, S. 1 ff; 253 ff.; Titze a.a.O.

[19]) Süß S. 231 ff.

Dieser Grundsatz erfährt eine Ausnahme bezüglich des in den §§ 323 ff. BGB. gegebenen Rücktritts- und Minderungsrechts, für das allerdings neben der die gleichen Zwecke verfolgenden Wandlung und Minderung kein Bedürfnis und Raum bleibt. Diese Rechtsbehelfe sind beim Werkvertrag und durch das dort in Bezug genommene Kaufrecht in einer den besonderen Bedürfnissen des Werkvertrages angepaßten Weise derart ausführlich geregelt, daß sie den allgemeinen Bestimmungen unbedingt vorgehen müssen.[20]) Dies vor allem aus rechtspolitischen Gesichtspunkten. Denn bei einem Nebeneinander dieser Rechtssätze würde sich „eine solche Fülle und Kompliziertheit der rechtlichen Möglichkeiten" ergeben, daß Verkehrssicherheit und Verkehrsklarheit davon sicherlich nur Schaden nehmen würden.[21])

Auch bei Verzug des Unternehmers in der Beseitigung des Mangels kommen wir aus den genannten Gründen zu dem gleichen Ergebnis. Die in den allgemeinen Bestimmungen gegebenen Rücktrittsrechte werden ersetzt durch die Spezialregelung der §§ 633—634 BGB.[22]) Auch Oertmann[23]) spricht sich klar hierfür aus, indem er ausführt, daß, „wenn die §§ 633, 634 BGB. die dem Rücktritt wesentlich entsprechende Wandlung aus bewegenden sozialen Rücksichten grundsätzlich nur beschränkt zulassen (§ 634 BGB.), es nicht anzunehmen sei, daß die dem Unternehmer damit gewährte Erleichterung durch Zulassung des Rücktrittsrechts nach § 326 BGB. hinterrücks wieder halb verkümmert werden dürfe." Wohl aber kann der Besteller nach den allgemeinen Regeln beim Vorliegen ihrer Voraussetzungen Schadensersatz verlangen.

Damit ist zu der allgemein interessierenden Frage des Verhältnisses der Sachmängelvorschriften zu den allgemeinen Bestimmungen der §§ 323 ff. BGB. kurz Stellung genommen. Ihre genaue Betrachtung scheidet aus, da wir es in der vorliegenden Arbeit nur mit den genannten speziellen Mängelvorschriften beim Werkvertrag zu tun haben.

§ 6.

Der Anspruch auf Mängelbeseitigung.

Ist das von dem Unternehmer gelieferte Werk von mangelhafter Beschaffenheit, so steht dem Besteller, falls nicht einer der im § 634 II BGB. genannten Ausnahmefälle vorliegt, zunächst nur das Recht zu, nach § 633 II BGB. die Beseitigung des Mangels zu verlangen. Alle übrigen Rechtsbehelfe der §§ 634 ff. BGB., nämlich Wandlung, Minderung und Schadensersatz, sind nur subsidiärer Natur.

---

[20]) Vgl. für den Kauf Leonhard S. 82; auch Enneccerus § 112.
[21]) Süß a.a.O.
[22]) Oertmann 2 zu § 633; Ortmayer a.a.O.
[23]) Oertmann a.a.O.

Am einfachsten und praktisch üblich erfolgt die Geltendmachung des Mängelbeseitigungsanspruchs in Form einer an den Unternehmer gerichteten Aufforderung des Bestellers, daß er die Beseitigung des Mangels verlange. Sie ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne der §§ 130 ff. BGB., die an keine Form gebunden ist.

Die dem Unternehmer obliegende Mängelbeseitigung erwächst nach § 633 BGB. aus seiner Verpflichtung zur Herstellung eines mangelfreien Werks als Vertragserfüllung und erstreckt sich je nach dem Mangel darauf, dem Werk nachträglich die fehlende zugesicherte Eigenschaft zu geben oder Fehler abzustellen bis zur richtigen Herbeiführung des versprochenen Erfolges.

Nach § 633 II, 2 ist der Unternehmer jedoch berechtigt, die Beseitigung des Mangels zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Diese Bestimmung wird heute nach ihrem Grundgedanken „der gerechten Abwägung der widerstreitenden Interessen der Vertragsgegner"[24]) allgemein dahin aufgefaßt, daß der Aufwand dann als unverhältnismäßig anzusehen ist, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegenüber dem für die Beseitigung erforderlichen Aufwand an Kosten und Arbeit so geringwertig ist, daß Vorteil und Aufwand in offensichtlichem Mißverhältnis stehen, die Beseitigung also nicht lohnt.[25]) Den Vergleichspunkt bildet somit das durch die Beseitigung zu erzielende Ergebnis. Nicht beizutreten ist der Auffassung Cromes,[26]) die Kosten des Aufwandes müßten unverhältnismäßig sein zum Wert oder der Bewertung des ganzen Werks. Wenn auch in vielen Fällen die Entscheidung darüber, ob dem Unternehmer dem Beseitigungsanspruch gegenüber die Einrede des unverhältnismäßigen Aufwandes zuzugestehen ist oder nicht, sowohl nach der Cromeschen Definition wie nach dem von uns angelegten Maßstab in gleicher Richtung liegen wird, so wird doch die Cromesche Formel — generell angewendet — manchmal Ergebnisse zeitigen, die für den Unternehmer eine allzugroße Härte darstellen würden. Man denke nur an die Konsequenz bei folgendem Sachverhalt:[27]) Nach der Errichtung einer Villa zeigen sich geringe Mängel in der Raumanlage im Erdgeschoß des Stallgebäudes; ihre Beseitigung wäre aber nur durch dessen Abreißen und neuen Aufbau möglich. Hier müßte man nach Crome dem Unternehmer folgerichtig die Einrede des unverhältnismäßigen Aufwandes versagen, da die Aufrichtung des Stallgebäudes gegenüber dem Wert und der Bedeutung

[24]) Oertmann 2 zu § 633.

[25]) Vgl. RG. 66, 168; Riezler 112 ff.; Oertmann 2 zu § 633; Pschorr S. 33; Simons S. 27 ff.

[26]) Crome § 265 Anm. 44.

[27]) Das Beispiel ist nach Oertmann § 633 Anm. 2 gewählt.

des ganzen Bauwerks doch nur unbedeutende Kosten verursachen wird, also insoweit von einer Unverhältnismäßigkeit nicht gesprochen werden dürfte.

Jedoch kann dieses Ergebnis dem Bestreben des Gesetzgebers, für solche Fälle unter Abwägung der Interessen beider Parteien eine billige Lösung zu finden, durchaus nicht gerecht werden. Vielmehr entspricht es allein der Billigkeit, wenn unter Zugrundelegung unserer Auffassung die Entscheidung auf den Vergleich der aufzuwendenden Kosten mit dem etwa durch die Beseitigung gegebenen Vorteil des Bestellers abgestellt wird. Danach würde aber der Vorteil des Bestellers gegenüber den infolge der Beseitigung des Mangels entstehenden Kosten (Abreißen und Neuerrichtung des Baues) nur als geringfügig zu bezeichnen, der Aufwand also unverhältsmäßig sein und dem Unternehmer zugestanden werden müssen, die Beseitigung des Mangels deshalb zu verweigern. Im übrigen verbleiben dem Besteller beim Vorliegen eines Sachmangels ja immer noch die andern Rechtsbehelfe. Angesichts der Fülle der praktischen Möglichkeiten läßt sich eine Regel von allgemeiner Gültigkeit nicht aufstellen. Es muß daher dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, im Einzelfalle den Umständen gemäß unter Berücksichtigung der Verkehrssitte darüber zu entscheiden, ob eine Unverhältnismäßigkeit gegeben ist oder nicht.

Eine Erweiterung erfährt der im § 633 II BGB. gegebene Mängelbeseitigungsanspruch durch den 3. Absatz der genannten Bestimmung: „Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, so kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen." Voraussetzung dieses eigenen Beseitigungsrechts des Bestellers ist also eine vorherige Mahnung an den Unternehmer, die ihm obliegende Beseitigung des Mangels vorzunehmen (§ 284 BGB.)[28]) Um im Falle der Ausübung des Selbstbeseitigungsrechts nach § 633 III BGB. den dort gegebenen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen geltend zu machen, brauchen die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne des § 677 BGB. nicht vorzuliegen. Denn der Ersatzanspruch ist nicht hierin begründet, sondern es handelt sich um einen als Ausfluß des Vertragsverhältnisses besonderes fixierten Anspruch eigenen Rechts.[29])

Der Besteller kann die Beseitigung selbst vornehmen — was infolge mangelnder Sachkenntnis wohl meist nicht in Betracht kommt — oder sich dazu fremder Arbeit bedienen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen hierfür verlangen. Bei Uebertragung der notwendigen Arbeiten zur Beseiti-

[28]) Der Mahnung steht die Erhebung der Klage gleich (§ 284 I, 2 BGB.).
[29]) Aehnlich Riezler S. 113, Niedermayr S. 36.

gung der Mängel an einen anderen Unternehmer ist der Nachweis der erforderlichen Aufwendungen durch Rechnungslegung leicht zu erbringen. Kommen eigene Leistungen, unentgeltliche Familienhilfe u. dgl. in Frage, so sind etwaige Ersparnisse dem Besteller zu gut zu rechnen; der Unternehmer hat hierauf keinen Anspruch. Seine Ersatzpflicht bemißt sich m. E. billigerweise nach der ortsüblichen Taxe, die das betreffende Gewerbe für solche Arbeiten in Ansatz bringt. Denn ihm selbst war ja die Möglichkeit zur Beseitigung des Mangels gegeben, und es darf ihm aus dem Verzug nicht noch ein Vorteil erwachsen.[30])

Im übrigen darf bemerkt werden, daß neben der mangelnden Sachkenntnis auch gesetzliche Bestimmungen dem Besteller die Ausführung in „eigener Regie" meist sehr erschweren werden.

Das Gesetz begrenzt die Ersatzpflicht des Unternehmers dahin, daß die Aufwendungen nur insoweit zu erstatten sind, als sie zur Beseitigung des Mangels erforderlich waren. Damit wird dem Besteller die Möglichkeit genommen, wenn er die Nachbesserungen des Werks selbst übernommen hat, etwa noch Verschönerungen vorzunehmen und dadurch das Werk auf Kosten des Unternehmers über den ursprünglich vorgesehenen Rahmen hinauszuheben. Die Erstattungspflicht umfaßt eben nur diejenigen Aufwendungen, welche die ordnungsmäßige Herstellung des im Vertrag versprochenen Werkes sichern. Das Maß des Erforderlichen bestimmt sich nach objektiven Gesichtspunkten. Auch der gute Glaube an die Erforderlichkeit der Aufwendungen berechtigt den Besteller nicht dazu, ihre Erstattung zu verlangen, wenn sie nicht objektiv notwendig waren.[31])

Im übrigen findet die übermäßige Ausübung des Selbstbeseitigungsrechts ihre Grenze in dem § 633 II, 2 BGB., nach dem der Unternehmer seinerseits die Beseitigung verweigern kann, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Der Unternehmer würde in diesem Falle nicht in Verzug kommen können, da dieser eine Pflicht zur Mängelbeseitigung erfordert und andererseits das Selbstbeseitigungsrecht des Bestellers und seine aus der Selbstbeseitigung resultierenden Ersatzansprüche wiederum den Verzug des Unternehmers zur Voraussetzung haben.

Der Unternehmer hat den zu ersetzenden Aufwendungsbetrag gemäß § 256 BGB. vom Zeitpunkt der Aufwendung an zu verzinsen. Ist der Besteller zum Zwecke der Beseitigung des Mangels eine Verbindlichkeit eingegangen, so kann er nach § 257 BGB. Befreiung von dieser Verbindlichkeit verlangen.

---

[30]) Aehnlich wohl Riezler S. 113/114.
[31]) RG. in Recht 1911 Nr. 1723; Niedermayr S. 39.

Wie schon betont, ist der Erstattungsanspruch aus § 633 BGB., der bei Verzug des Unternehmers mit der Beseitigung gegeben ist, wohl zu unterscheiden von einem Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung. Ist jedoch der Unternehmer noch nicht in Verzug und nimmt dann der Besteller die Beseitigung eines Mangels selbständig vor, dann können unter Umständen die Bestimmungen der §§ 677 ff. BGB. zur Anwendung kommen. So kann der Besteller durch die Selbstbeseitigung im Interesse des Unternehmers als Geschäftsführer ohne Auftrag tätig sein und als solcher Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, wenn beispielsweise dem Unternehmer durch die Nachbesserung zu hohe Auslagen entständen, weil sein Wohnsitz weit entfernt ist und die Frachtkosten sehr groß wären.[32])

Nicht einheitlich beantwortet wird die Frage, ob der Besteller, wenn ein Werk mangelhaft hergestellt ist, nur die Beseitigung des Mangels verlangen kann, oder ob ihm dann auch ein Anspruch auf Herstellung eines neuen Werkes zusteht. Sie ist gerade in neuerer Zeit wieder Gegenstand einer Spezialuntersuchung gewesen und dort bejaht worden.[33]) Dieser Auffassung haben sich Enneccerus-Lehmann und Staudinger-Kober[34]) angeschlossen. Ihre Begründung geht im wesentlichen dahin, der Unternehmer habe mit der Herstellung eines mangelhaften Werks noch nicht erfüllt, sondern in der mangelhaften Herstellung sei nur ein Erfüllungsversuch zu erblicken; der Besteller habe daher Anspruch auf Lieferung eines neuen mangelfreien Werks als Vertragserfüllung. Es ist richtig und in anderem Zusammenhang[35]) schon hervorgehoben, daß die mangelhafte Herstellung eines Werks keine Erfüllung ist; denn der Unternehmer ist im Gegensatz zum Verkäufer einer Einzelsache vertraglich zur mangelfreien Lieferung verpflichtet. Nicht gerechtfertigt ist es aber, hieraus entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes „ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller Beseitigung des Mangels verlangen", beim Werkvertrag für den Fall mangelhafter Herstellung dem Besteller einen Anspruch auf Neuherstellung zuzugestehen. Das Gesetz hat dieses Recht durch die Vorschrift des § 633 II BGB. ausdrücklich ausgeschaltet und den Besteller auf den Mängelbeseitigungsanspruch beschränkt, also auf Arbeiten an dem bestehenden Werk. Auch aus einem Vergleich mit den Rechten des Gattungskäufers, der nach § 480 BGB. die Lieferung einer neuen mangelfreien Sache verlangen kann, läßt

---

[32]) Oertmann 2 d zu § 633; Rümelin S. 186; Simons S. 29; Niedermayr S. 37; Cappenberg S. 25.

[33]) Korintenberg, Diss. (auch Saechs. RPfl. Arch. 1927, 321 ff.).

[34]) Enneccerus § 148; Staudinger III, 1 d zu § 633; ebenso Rümelin S. 76 ff. und teilweise Oertmann 2 zu § 633.

[35]) Siehe oben S. 12 ff.

sich nichts Gegenteiliges herleiten. Der Nachlieferungsanspruch wird hier schon bedingt durch die Erfüllungspflicht und ist daher auch ohne den § 480 BGB. gegeben. Dieser Paragraph bedeutet eine ausdrückliche Bekräftigung des Nachlieferungsanspruchs beim Gattungskauf. Ebenso selbstverständlich wäre der Anspruch auf Herstellung eines neuen Werkes bei mangelhafter Erfüllung des Werkvertrages, wenn hier nicht der § 633 II BGB. zur Versagung führte. Aber auch, wenn die Regelung des § 633 II BGB. fehlte, könnte man schon gerade wegen des § 480 BGB. allein Bedenken haben, die Neuherstellungspflicht zu bejahen. Denn es müßte doch irgendwie begründet sein, daß der bei beiden Verträgen schon aus der Erfüllungspflicht abzuleitende Anspruch beim Gattungskauf ausdrücklich wiederholt wird, der Werkvertrag es dagegen an einer solchen Bestimmung fehlen läßt. Auf der anderen Seite könnte man mit einigem Recht allenfalls sagen, daß mit der ausdrücklichen Hervorhebung des Anspruchs auf Neulieferung in § 480 BGB. zur Vermeidung aller Zweifel diese Frage generell und eindeutig für alle Verträge geklärt werden sollte, bei denen sich dieser Anspruch ohnedies bei Prüfung der Rechtslage schon aus der Erfüllungspflicht ergibt; wenngleich sich gegen diese Argumentation gerade für den Werkvertrag schwere praktische Bedenken ergeben, die ich gleich anführe. Aber alle diese Zweifel werden für den Werkvertrag erledigt durch die Vorschrift des § 633 II BGB, der dem Besteller nur das Recht zuerkennt, Beseitigung des Mangels zu verlangen. Ergebnis: Beim Gattungskauf ausdrückliche Aufrechterhaltung des Anspruchs auf Neulieferung durch § 480 BGB., beim Werkvertrag ausdrückliche Verneinung des Anspruchs auf Herstellung eines neuen Werkes durch § 633 II BGB.[36]) Diese Regelung ist in richtiger Erkenntnis der Eigenart des Werkvertrages getroffen worden, indem sie neben anderen Gesichtspunkten vor allem die Bedeutung des Wertes der auf das Werk verwandten Arbeit nicht unberücksichtigt läßt. Denn der Verkäufer einer Gattungssache kann diese, wenn er sie zurückbekommt, sicher in den meisten Fällen verwenden. Beim Werkvertrag dagegen wird der Unternehmer für das ursprünglich mangelhafte Werk vermutlich keine Verwendungsmöglichkeit haben. Er würde also, abgesehen von dem Mehr an Mühe und Kosten, die ihm bei einer Neuherstellung entstehen, auch noch mit dem Besitz des alten Werks belastet werden. Diese doppelte Belastung des Unternehmers wäre jedoch eine Härte, die bestimmt nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Man hat weiter angeführt, der Unternehmer könne ja die Neuherstellung des Werks ablehnen, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere. Aber auch das widerspricht dem klaren

[36]) Leonhard S. 218.

Wortlaut des Gesetzes, das diese Einrede nur gegenüber dem Mängelbeseitigungsanspruch gibt. Für eine Ausdehnung auf den Herstellungsanspruch ist daher kein Raum.[37])

Schließlich mag den Gegnern noch die Gefahr wiederholter Mängelhaftung vorgehalten werden, die sich aus einer Neuherstellungspflicht ergibt. Aus den gleichen Gründen, aus denen man den Neuherstellungsanspruch grundsätzlich anerkannt hat, könnte man ihn folgerichtig auch dann nicht versagen, wenn das neue Werk nun wiederum mit Mängeln behaftet ist; es sei denn, daß man im Einzelfalle eine abermalige Wiederholung der Arbeit aus § 242 BGB. ablehnte.[38])

Nach alledem lehne ich entgegen der Ansicht Korintenbergs und der ihm folgenden Schriftsteller den Anspruch des Bestellers auf Neulieferung beim Werkvertrag ab.[39])

Die vorstehenden Ausführungen über den Neuherstellungsanspruch gründeten sich auf die Voraussetzung, daß ein dem ein Vertrag vorgesehenen entsprechendes Werk, wenn auch noch mit Mängeln behaftet, hergestellt war. Es ist daher klar, daß sie nicht zutreffen können in solchen Fällen, in denen sich das Werk als etwas von den Vertragsbestimmungen überhaupt ganz Abweichendes (ein aliud) darstellt. Aus dem obigen Hinweis ergibt sich denn auch, von wann ab der Anspruch auf Neuausführung ausgeschlossen ist. Das ist eben der Zeitpunkt der wesentlichen Herstellung des Werks oder wie das Reichsgericht[40]) genauer sagt: die Erfüllungspflicht muß wenigstens in der Hauptsache erfüllt sein. Nicht erforderlich ist, daß das Werk auch schon abgenommen ist. Denn die Abnahme vermag gar nicht, wie schon ausgeführt, ein Recht des Bestellers aus der Mangelhaftigkeit des Werks zu vernichten;[41]) sondern sie regelt nur die Beweislast (§ 363 BGB.).

§ 7.

Der Anspruch auf Wandlung und Minderung.

Wie schon oben hervorgehoben, kann der Besteller beim Vorliegen eines Sachmangels auch Wandlung oder Minderung verlangen. Die Geltendmachung dieser Ansprüche ist jedoch an die Voraussetzung geknüpft, daß der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels mit der Erklärung bestimmt haben muß, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablauf der Frist ablehne (§ 634 I BGB.). Die Fristsetzung ist an keine Form gebunden.

---

[37]) Leonhard S. 218.

[38]) Vgl. Niedermayr a.a.O.

[39]) Wie hier Leonhard S. 218; Planck 2 zu § 633; Petri, Ziv.Arch. 109, 209 ff.; Niedermayr S. 24; Pschorr, S. 23; RG. 57, 275; 95, 329 ff.; 107, 339 ff.

[40]) RG. 107, 343.

[41]) Leonhard S. 219.

Sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die, wenn sie in Abwesenheit des Unternehmers abgegeben wird, in dem Augenblick des Zugehens an ihn wirksam wird (§ 130 BGB.). Hat der Besteller bereits Klage auf Beseitigung des Mangels erhoben, so kann er in der Klage oder im Laufe der Verhandlung beantragen, daß die Frist im Urteil bestimmt werde.[42]) Der Lauf der Frist beginnt mit der Rechtskraft des Urteils.[43]) Die Vorteile eines solchen Vorgehens für den Besteller sind klar. Er erspart Aufforderungsschreiben und die Zeit, welche zwischen der Rechtskraft des Urteils und der Fristsetzung liegt. Er ist ferner im Besitz eines sicheren Beweismittels für die Setzung der Frist und hat außerdem eine Gewähr für ihre Angemessenheit.[44])

Die Frist ist angemessen, wenn sie den besonderen Umständen des Einzelfalls objektiv gebührend Rücksicht trägt. Sie ergibt sich durch gerechte Abwägung der Größe der Arbeit zu dem betriebswirtschaftlichen Vermögen des Unternehmers unter Berücksichtigung seiner geschäftlichen Lage. Dabei muß die gerechte Befriedigung der Interessen des Bestellers zwingend sein für das größtmögliche Maß der Anstrengung des Unternehmers, weil er ja durch sein Zurückbleiben hinter der Vertragspflicht keine besondere Schonung beanspruchen kann. Wenn die Frist nicht angemessen war, so ist die einmal abgegebene Erklärung der Fristsetzung nach herrschender Lehre,[45]) der ich beipflichte, als solche keineswegs wirkungslos, sondern bringt ohne weiteres die angemessene Frist in Lauf. Eine andere Auffassung[46]) geht dahin, eine unangenehme Fristsetzung sei völlig rechtsunwirksam und deshalb überhaupt nicht zu berücksichtigen. Folgt man dieser Ansicht, so schädigt man unbilligerweise die Interessen des Bestellers, der als Nichtfachmann Arbeitsumfang und -zeit der Mängelbeseitigung unterschätzen kann, auch bei einer wiederholten Fristsetzung. Zweckmäßigerweise wählt der Besteller statt einer bestimmten Zeitangabe die Form, „innerhalb angemessener Frist" den Mangel zu beseitigen.[47])

Weil die für den Besteller wichtigen Rechtsbehelfe der Wandlung und Minderung nach § 634 BGB. an den Ablauf der angemessenen Frist für die Mängelbeseitigung geknüpft sind, muß er jede Möglichkeit ausschöpfen können, um eine Verzögerung der Geltendmachung seiner weiteren Ansprüche zu vermeiden. Der Gesetzgeber gibt ihm die Handhabe hierzu. Denn nach § 634 I, 2 BGB. kann er bereits vor Ablieferung des Werks, vorausgesetzt, daß die Mangelhaftigkeit

42) § 255 I ZPO.
43) Allgem. Meinung; vgl. Baumbach Anm. 2 zu § 255 ZPO.
44) Vgl. Kisch in Grünh. Zeitschr. 28, 266; ferner Levy S. 20; Ortmayer S. 16.
45) Dernburg § 33, 4; Staudinger 5 zu § 250; Oertmann 3 zu § 250.
46) Vgl. Crome § 151 I, 2 a.
47) Oertmann 3 zu § 250; Dernburg a.a.O.; auch Crome § 151, I, 2 a.

bereits erkannt ist, sofort seinen Anspruch auf Beseitigung und hierzu eine angemessene Frist stellen, die ihre untere Begrenzung in dem Ablieferungstermin findet. Hiermit ist den Interessen des Bestellers aber auch ausreichend Genüge geschehen; denn ein mangelfreies Werk kann schlechterdings frühestens bei seiner Ablieferung geleistet sein.

In § 634 I, 3 BGB. bestimmt das Gesetz, daß bei Fristsetzung nach Satz 1 daselbst der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung nach fruchtlosem Ablauf der gestellten Frist ausgeschlossen ist. Es bleiben ihm nur die ja auch beabsichtigten Rechtsbehelfe der Wandlung und Minderung und — soweit der Unternehmer den Mangel zu vertreten hat — der Anspruch auf Schadensersatz nach § 635 BGB. Von dem Ausschluß des Beseitigungsanspruchs wird auch das Recht des Bestellers mitbetroffen, den Mangel selbst zu beseitigen. Der Besteller verzichtet durch die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung auf die Beseitigung in jeder Form und entscheidet sich damit gleichzeitig und endgültig für die übrigen Rechtsbehelfe. Die Mängelbeseitigung, folglich auch das eigene Recht des Bestellers, dies zu tun, ist ausgeschlossen. Das ist auch aus Gründen der Rechtssicherheit im Interesse des Unternehmers als das allein Wünschenswerte zu bezeichnen. Der Unternehmer, der die ordnungsmäßige Fristsetzung doch nur so auffassen kann, daß nach ihrem Ablauf eine Beseitigung außerhalb jeder Diskussion steht und der Besteller sich eben die weitergehenden Rechte der §§ 634 ff. BGB. verschaffen will, unterläßt beispielsweise im Vertrauen hierauf die Mängelbeseitigung — obgleich sie an sich nicht besonders schwierig und teuer ist — deshalb, weil sie ihm im Augenblick wegen anderweitiger vorteilhafter Aufträge ungelegen kommt und er daher vielleicht wegen des vorliegenden unerheblichen Mangels eine geringfügige Minderung schon in Kauf nehmen kann. Wenn nun der Besteller den Verzug des Unternehmers in der Beseitigung des Mangels trotz der vorherigen Ablehnungsandrohung dazu benutzen könnte, den Mangel noch selbst zu beseitigen, so verkehrte sich der erhoffte Vorteil der geringfügigen Minderung in das Gegenteil, da die Eigenbeseitigung des Bestellers den Unternehmer sicher weit stärker belasten wird. Bei Annahme dieser Möglichkeit hätte aber der Unternehmer zweifellos die Nachbesserung selbst vorgenommen.[48]) Solche Vorkommnisse müssen also durch die klare Ausschaltung auch des Selbstbeseitigungsrechts in diesen Fällen der Fristsetzung nach § 634 I, 1 BGB. vermieden werden können. Selbstverständlich trifft das nur immer dann zu, wenn auch tatsächlich die korrekte Fristsetzung der im § 634 BGB. bestimmten Art vorliegt; also dann, wenn ihr neben den anderen Erfordernissen der Zu-

[48]) Niedermayr S. 48.

satz beigefügt ist, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Verbesserung abgelehnt werde. Fehlt es an diesem Hinweis, so kann gleichwohl die Beseitigung bei Eintritt des Verzuges vorgenommen werden. Denn hier erfüllt die Fristsetzung eben nicht die im § 634 I, 1 BGB. geforderten Voraussetzungen und kann also auch nicht die im § 634 I, 3 BGB. statuierten Rechtsfolgen erzeugen. Daher bleibt natürlich auch der Anspruch des Bestellers bestehen, die Beseitigung von dem Unternehmer zu verlangen. Und umgekehrt steht dem Besteller auch dann noch nicht das Recht zu, Wandlung oder Minderung zu begehren. Es bedarf dazu vielmehr erst einer erneuten ordnungsmäßigen Fristsetzung mit dem Zusatz der Ablehnungsandrohung.

Einer Fristsetzung bedarf es überhaupt nicht, und der Besteller kann sofort Wandlung oder Minderung verlangen, wenn:

1. die Beseitigung des Mangels unmöglich ist,
2. sie von dem Unternehmer verweigert wird,
3. die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird. (§ 634 II BGB.).

Zu 1) Die Beseitigung muß objektiv unmöglich sein. Sie muß also im Wesen des Mangels selbst liegen und absolut nicht ausführbar sein. Die subjektive, relative Unmöglichkeit gilt nur dann als objektive, wenn durch Vertragsbestimmung die persönliche Ausführung zwingend und jede anderweitige Leistung Dritter als ausgeschlossen galt, weil die Eigenart des Werks hierzu Veranlassung gab.[49])

Zu 2) Zweimal erwähnt das Gesetz die Verweigerung der Mängelbeseitigung durch den Unternehmer (§§ 633 II, 2, 634 II). Erfolgt sie nach § 634 II BGB. gewissermaßen ohne Begründung, dann können die Verhältnisse so liegen, daß der Unternehmer den Mangel bestreitet, oder daß er die Beseitigung aus geschäftlichen Rücksichten ablehnt, weil z. B. vorteilhaftere andere Arbeitsmöglichkeiten gegeben sind, die durch die Mängelbeseitigung unliebsam gestört würden, oder er des Glaubens ist, bei der späteren Auseinandersetzung über Wandlung und Minderung besser abzuschneiden. Für diese Fälle wäre es absurd, dem Besteller noch eine Fristsetzung zuzumuten und seine Interessen durch Hinauszögerung der Geltendmachung seiner weiteren Ansprüche auf Wandlung und Minderung zugunsten des Unternehmers zu schmälern, der freiwillig auf die Vornahme der Beseitigung verzichtet hat. Erklärt der Unternehmer seine Ablehnung mit der Begründung, weil sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere (§ 633 II, 2 BGB.), so entbindet sie ihn

[49]) Levy S. 19; Niedermayr S. 50; Simons a.a.O.

allerdings von der Pflicht der Mängelbeseitigung, gibt aber andererseits richtiger Ansicht nach dem Besteller bei erfolgter Weigerung auch hier das Recht zur sofortigen Geltendmachung seiner weiteren Ansprüche. In der Praxis dürfte es jedoch manchmal vorkommen, daß der Unternehmer aus Prestigegründen oder aus der Erwägung, daß Wandlung oder Minderung ihn noch stärker belasten könnte als der Aufwand für die Beseitigung, von seinem Recht zur Verweigerung keinen Gebrauch machen wird.

Die Weigerung muß in unzweideutiger Weise dem Besteller gegenüber erklärt werden. Eine besondere Form, unter der die Weigerung abzugeben ist, wird vom Gesetz nicht vorgeschrieben; sie kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen. So kann eine Weigerung darin erblickt werden, daß der Unternehmer den Mangel dem Besteller gegenüber in Abrede stellt.[50]) Riezler[51]) teilt unsere Auffassung, daß die Weigerung — gleich in welcher Form — bestimmt und unzweideutig abgegeben werden muß, läßt aber im übrigen die bloße Kenntnis des Bestellers von der irgendwo und irgendwann in dieser Weise geschehenen Weigerung genügen. Er hält es also im Gegensatz zu der hier niedergelegten Ansicht nicht für erforderlich, daß die Weigerung gerade dem Besteller gegenüber abgegeben sein muß.[52]) Das wäre aber äußerst unbillig. Es kommt häufig vor, daß nach Erhalt der Mängelrüge im ersten Moment aus subjektiven Gründen, vielleicht aus Aerger über die Kleinlichkeit des Bestellers, eine Weigerung in zufälliger Gegenwart Dritter erfolgt.[53]) Sollte, wenn dem Besteller hiervon etwas zu Ohren kommt, seine beim Werkvertrag an sich schon günstige Position so weit ausgedehnt werden, daß er auch dann noch ohne weiteres zur sofortigen Wandlung oder Minderung berechtigt ist? Es ist auch hier vor allem an die für den Fall der Wandlung entstehende Belastung des Unternehmers zu denken. Daher ist die Antwort des Unternehmers an den Besteller selbst abzuwarten, die in solchen Fällen nach ruhiger Ueberlegung und etwaiger Rücksprache meist ganz anders lauten wird, wenn der Unternehmer sich die Kosten der Beseitigung eines vielleicht kleinen Mangels — dessen Vorhandensein aber zur Wandlung ausreichen würde (§ 634 III) — und den bei der Wandlung entstehenden Schaden vor Augen hält.

Zu 3) Der dritte Fall, in dem es der Bestimmung einer Frist nicht bedarf, liegt vor, wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung

---

[50]) Vgl. Leonhard S. 220; Niedermayr S. 51; Warn.Rspr. 1919 No. 159.
[51]) S. 115.
[52]) So Oertmann 3 b zu § 634; Planck 2 zu § 634.
[53]) Aehnlich bei Simons S. 36.

durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird, was natürlich nur von Fall zu Fall festgestellt werden kann. Schließt z. B. die Verwendung des Werks zu einem bestimmten Termin (Festgewand) das Interesse am späteren Besitz aus, so ist das dringende Bedürfnis des Bestellers so verletzt, daß eine Verweisung auf Mängelbeseitigung und Fristsetzung keinen Sinn hat. Doch darf man die „besonderen" Interessen als Grund zur fristlosen Geltendmachung der weiteren Rechte des Bestellers nicht zu leicht nehmen, weil sie dem Unternehmer das für ihn wichtige Recht zur Mängelbeseitigung nehmen und ihn hart treffen können.

Nach dem Gesetz wird von dem Besteller nicht verlangt, Wandlung oder Minderung sofort geltend zu machen, wenn das gerechtfertigte besondere Interesse entstanden ist. Diese Auffassung kommt auch in einer Entscheidung des Reichsgerichts zum Ausdruck.[54]) Bedenklich wäre es aber, wenn der Besteller trotz seines erkannten, besonderen Interesses dem Unternehmer eine Nachfrist zur Mängelbeseitigung gestellt hat und dieser nun nach einer größeren Arbeitsleistung, ja vielleicht kurz vor Vollendung seiner Anstrengungen, plötzlich durch die unerwartete Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung überrascht werden könnte. Hier dürfte nach dem Grundsatz von Treu und Glauben doch eingewendet werden, daß eine solche Schädigung des Unternehmers, der in der festen Annahme, daß seine Frist ordnungsmäßig besteht, versucht, dem Beseitigungsverlangen des Bestellers zu genügen, vom Gesetzgeber sicherlich nicht gewollt ist.[55]) Anders liegen die Verhältnisse, wenn die Frist gesetzt ist und erst während ihres Laufs die besonderen Interessen entstanden sind. Dann muß man dem Besteller das Recht auf sofortige Geltendmachung seiner Ansprüche nach § 634 BGB. zuerkennen und der Unternehmer die besondere Belastung der nun praktisch bedeutungslosen Mängelbeseitigungsarbeiten gewissermaßen als Sühne für seine Vertragsverletzung tragen; denn der Besteller war ja zur Fristsetzung genötigt, um seine Rechte auf Wandlung und Minderung zu wahren. Der vorsichtige Unternehmer kann sich gegen solche unangenehmen Ueberraschungen schützen, wenn er bei der Fristsetzung sich von dem Besteller eine bindende Erklärung darüber geben läßt, daß er in jedem Falle mit der ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung innerhalb der Frist ausreichend zufriedengestellt sei. —

Damit sind die Voraussetzungen für den Anspruch auf Wandlung oder Minderung erörtert. Nur für die Wandlung ist im § 634 III BGB. noch besonders bestimmt, daß sie wegen solcher Mängel ausgeschlossen ist, die den Wert oder

---

[54]) RG. 52, 315 ff.
[55]) Oertmann 3 zu § 634; Niedermayr S. 52/53; Simons S. 37.

die Tauglichkeit des Werks nur unerheblich mindern, d. h. der vorliegende Mangel darf in jedem Falle nur unerheblich mindern, sei es, daß er nur den Wert oder nur die Tauglichkeit oder beide betrifft.[56])

Anlaß zu Auseinandersetzungen hat die Ausdeutung des Ausdrucks „Mangel" im § 634 III BGB. gegeben. Fällt hierunter auch das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften oder bezieht er sich hier nur auf das Vorhandensein von eigentlichen Fehlern der Sache? Die Frage wird heute fast allgemein im letzteren Sinne entschieden.[57]) Allerdings spricht der Wortlaut allein für die gegenteilige Ansicht. Denn die §§ 633, 634 BGB. bezeichnen grundsätzlich als Mangel des Werks sowohl das Behaftetsein des Werks mit Fehlern, als auch das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften. Doch spricht trotz des allgemeinen Wortlautes die Analogie des Kaufs entscheidend dafür, den Ausdruck „Mangel" im § 634 III BGB. eingeschränkt aufzufassen. Die Aehnlichkeit zwischen den Haftungsvorschriften für Sachmängel in Kauf- und Werkvertrag die dazu führte, daß man letztere soweit als möglich und nötig auf erstere stützte bzw. sie zur Erklärung heranzog, geben daher Veranlassung, unter Berufung auf § 459 S. 2 BGB., auf den insbesondere auch die Motive[58]) bei Besprechung des § 634 III BGB. verweisen, diese Bestimmung nur auf Fehler zu beschränken. Für zugesicherte Eigenschaften findet § 634 III BGB. also keine Anwendung.

Auf die Wandlung, d. h. Rückgängigmachung des Vertrages, und auf die Minderung, d. h. verhältnismäßige Herabsetzung der Vergütung, finden die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465—467 und 469—475 BGB. entsprechende Anwendung (§ 634 IV BGB.).

Ich muß es mir in dieser Arbeit versagen, zu der in das Kaufrecht fallenden Frage nach der Rechtsnatur der Wandlung und Minderung eingehend Stellung zu nehmen, sondern kann dieses Gebiet nur kurz streifen. Die Streitfrage gipfelt in der Gegenüberstellung der beiden bekannten Theorien, Vertrags- und Herstellungstheorie. Nach der Vertragstheorie[59]) vollzieht sich die Wandlung oder Minderung durch einen Vertragsschluß zwischen Käufer und Verkäufer. Die Aufforderung des Käufers ist gerichtet auf Einwilligung des Verkäufers in die Wandlung oder Minderung. Erst aus diesem neuen Vertrag ergibt sich der Anspruch auf Rückgewähr der Leistung oder Preisherabsetzung. Kommt eine Einigung nicht zustande, so muß der Käufer auf Abschluß

---

[56]) Planck 3 zu § 634; Staudinger II 2 a zu § 634.

[57]) Planck 3 zu § 634; Leonhard S. 221; Oertmann 5 zu § 634; RG. 66, 169; OLG.Respr. 7, 477.

[58]) Mot. II. S. 482.

[59]) Vertreten beispielsweise von Leonhard S. 68 ff.; Dernburg § 185; Oertmann 1 zu § 465.

des Vertrages klagen, der dann mit der rechtskräftigen Verurteilung des Verkäufers zur Abgabe dieser Willenserklärung zustande kommt (§ 894 ZPO.).

Die Vertreter der Herstellungstheorie[60]) stehen auf dem Standpunkt, daß die Ansprüche des Käufers aus dem Kaufvertrage direkt abzuleiten sind und daher unmittelbar auf Wandlung und Minderung, also Rückgewähr oder Preisherabsetzung, gehen. Die Herstellungstheorie erscheint jedoch nicht haltbar. Vielmehr ist der Vertragstheorie m. E. sowohl aus Zweckmäßigkeitsgründen als auch nach dem klaren Wortlaut des maßgebenden § 465: „Die Wandlung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt" der Vorzug zu geben. Hierfür spricht auch der § 467 BGB., in dem bestimmt ist, daß auf die Wandlung für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—348, 350—354, 356 BGB. Anwendung finden, denn dort ist — wohl nicht ohne Grund — ausgerechnet der § 349 BGB., der vorschreibt, daß der Rücktritt durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt, vom Gesetzgeber nicht mitaufgenommen worden. Der Haupteinwand, den die Vertreter der Herstellungstheorie machen und der wohl eigentlich den Grund zur Aufstellung dieser Theorie gegeben hat, geht dahin, nach der Vertragstheorie werde ein doppelter Rechtsstreit erforderlich. Der Käufer müsse zunächst auf Einwilligung zum Abschluß des Wandlungs- oder Minderungsvertrages klagen und dann auf Grund des rechtskräftigen Urteils aus diesem Rechtsstreit nochmals auf Rückgewähr des Kaufpreises. Aber das ist nicht einmal nötig. Denn auch nach der Vertragstheorie braucht der Käufer nur eine Klage anhängig zu machen und kann mit dieser sofort die Verurteilung des Verkäufers zur Rückzahlung erreichen, indem er diesen Anspruch mit dem Anspruch auf Abschluß des Vertrages verbindet. Das wird fast von allen Anhängern der Vertragstheorie betont.[61]) Auch das Reichsgericht, dessen Rechtsprechung sich in neuerer Zeit allerdings wohl immer mehr der Herstellungstheorie nähert, lehnt schon in einer Entscheidung im 58. Bd. S. 423 die von den Gegnern bemängelte Folge der Vertragstheorie, nämlich die Notwendigkeit eines doppelten Rechtsstreits, ab. — Die gleichzeitige Geltendmachung des Anspruchs auf Vertragsschluß und des Anspruchs auf Rückerstattung rechtfertigt sich am besten[62]) aus dem Gesichtspunkt, daß der Anspruch auf

---

[60]) Enneccerus § 110; Staudinger IV zu § 462; Planck 3 zu § 462; RG. 70, 198 ff.

[61]) Vgl. Leonhard S. 72; Oertmann 1 e zu § 465 mit weiterer Literaturangabe.

[62]) Es werden auch noch andere Begründungen gegeben; so der Hinweis bei Oertmann 1 e zu § 465: „Dies aus dem Gesichtspunkt, weil der Erstattungsanspruch bereits als bedingter bestehe und folgerecht nach § 259 ZPO. geltend gemacht werden könne."

Rückgewähr die selbstverständliche Folge des erstgenannten Anspruchs ist.[63])

Der Besteller kann sich beim Vorliegen der im § 634 BGB. geforderten Voraussetzungen nach seinem Belieben für Wandlung oder Minderung entscheiden. Es handelt sich hierbei aber nicht um ein Wahlrecht im Sinne des § 262 BGB., sondern um einen alternativen Anspruch, d. h. die Geltendmachung des einen Anspruchs, selbst durch eine Klage, schließt nicht aus, noch den andern zu wählen. Es steht dem Besteller dann noch immer frei, die von ihm einseitig getroffene Entschließung zu ändern und zu dem andern der beiden Ansprüche überzugehen. Erst wenn eines von beiden „vollzogen" ist, d. h. der Unternehmer sich einverstanden erklärt hat bzw. rechtskräftig zur Einwilligung verurteilt worden ist, bleibt der Besteller auf dieses Recht beschränkt.[64])

Um nun einer einseitigen, vielleicht schikanösen Hinausziehung und Verschleppung der endgültigen Entscheidung darüber, welcher der beiden Ansprüche in Frage kommen soll, vorzubeugen, gibt der § 466 BGB. dem Unternehmer, falls ihm daran gelegen ist, die Möglichkeit, von sich aus eine Klärung der Dinge herbeizuführen. Er kann nach dieser Bestimmung den Besteller, der ihm gegenüber einen Mangel des Werks behauptet, unter dem Erbieten zur Wandlung — als dem im Vergleich zur Minderung die schwerwiegenderen Folgen auslösenden Rechtsbehelf — und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandlung verlange. Erklärt der Besteller sich nicht innerhalb dieser Frist, so erlischt sein Recht auf Wandlung und er kann nur noch Minderung verlangen (§ 466 S. 2 BGB.).[65])

Auf die Wandlung finden — wie schon eben angedeutet — die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Gemäß § 346 BGB. wären die Parteien also verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen, Werk und Vergütung, zurückzugewähren. Hierbei treten erhebliche Schwierigkeiten auf. Den Ausgangspunkt bilden die Eigentumsverhältnisse an dem hergestellten Werk. Es ist zu beachten, daß im Gegensatz zum Kauf, wo der Verkäufer Eigentümer der Sache war, beim Werkvertrag der Unternehmer eine Sache bearbeitet hat, die ihm gar nicht gehörte. Der Besteller war Eigentümer des zur Herstellung des Werks gelieferten Stoffes und ist es geblieben, auch wenn durch den Unternehmer eine Be- oder Verarbeitung dieses Stoffes erfolgt ist. Zwar bestimmt der § 950 BGB. grundlegend, daß, wenn jemand durch Verarbeitung oder Umbil-

---

[63]) Leonhard S. 72; Dernburg § 185 Anm. 18; Oertmann 1 e zu § 465.
[64]) Oertmann 2 zu § 465.
[65]) Vgl. Riezler a.a.O.

dung eines Stoffes eine neue Sache herstellt, auch das Eigentum an der neuen Sache erwirbt, sofern nicht vielleicht der Wert der Verarbeitung oder Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Aber diese Regel gilt nicht für unsern Fall. Dabei ist nicht etwa an die im Nachsatz gemachte Einschränkung gedacht. Ihre Anwendungsmöglichkeit bleibt auf den Einzelfall begrenzt und daher ist sie für die grundsätzliche Erörterung der Frage ohne Bedeutung. In dieser Beziehung muß aber für den Werkvertrag angenommen werden, daß der Unternehmer das Eigentum an der neuen Sache nicht für sich, sondern für seinen Auftraggeber, den Besteller, erwirbt;[66]) denn er nimmt die Verarbeitung auch nicht für sich, sondern für den Besteller vor. Ich verweise auf Staudinger,[67]) wo die herrschende Meinung eingehend dargelegt ist, nach der in Fällen der Verarbeitung auf Grund einer vertraglichen Verbindlichkeit der Gläubiger, beim Werkvertrag also der Besteller, Eigentümer der neuen Sache wird. Für den Werkvertrag im besonderen wird diese Auffassung noch gestützt durch die Bestimmung des § 651 BGB., in dem für den Werklieferungsvertrag dem Unternehmer die Verpflichtung aufgegeben wird, dem Besteller das Eigentum an der hergestellten neuen Sache zu verschaffen. Dieselbe Verpflichtung hätte der Gesetzgeber doch wohl für den reinen Werkvertrag aufstellen müssen, falls man der Auffassung gewesen wäre, daß der Unternehmer durch Verarbeitung Eigentümer der Sache geworden wäre.[68]) Für unsere Auffassung spricht weiter der § 647 BGB. Es wäre überflüssig und auch nicht möglich, dem Unternehmer noch ein Pfandrecht an der Sache zu geben, wenn er ihr Eigentümer wäre.[69])

Der Unternehmer „spezifiziert" also für den Besteller und gibt nach Erledigung der Arbeit lediglich die ihm selbst nicht gehörige Sache an den wirklichen Eigentümer, den Besteller. Es kann daher die Durchführung der Wandlung doch nun nicht dahin gehen, daß der Besteller dem Unternehmer eine Sache zurückgewährt, die diesem niemals gehört hat. Dem Besteller kann nicht zugemutet werden, damit neben dem Werk als solchem auch noch auf den von ihm gelieferten Stoff Verzicht zu leisten. Der Ausweg, dann dem Unternehmer die Verpflichtung aufzuerlegen, die Sache käuflich zu übernehmen, ist nicht gangbar, da sich hierfür im Gesetz keinerlei Anhaltspunkte finden;[70]) vielmehr kann richtigerweise für eine Rückgewähr nach dem Sinne des Gesetzes doch überhaupt nur das in Betracht kommen, was der Unternehmer seinerseits

---

66) h. L.; vgl. Riezler S. 28 ff.; Leonhard S. 216; Levy S. 37.
67) Staudinger 5 zu § 950.
68) Riezler S. 28.
69) Leonhard S. 216; Levy S. 37.
70) Ebenso Schöller, Gruch. Beitr. Bd. 46 S. 259.

wirklich zu dem Werk getan hat. Das darf jedoch wiederum zur Vermeidung wirtschaftlich bedenklicher Ergebnisse auch keineswegs so weit gehen, daß dadurch der dem Besteller gehörige Stoff beschädigt oder zerstört wird.

Im folgenden soll nun erörtert werden, wie sich hiernach die Wandlung im Werkvertrag praktisch gestaltet. Grundlage ist der — allerdings nur entsprechend anzuwendende — § 346 BGB., nach dem die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind. Hat somit der Unternehmer, der bei der Wandlung zur Rückzahlung des Werklohnes verpflichtet ist, Zutaten oder sonstige Nebensachen zur Herstellung des Werks gegeben und eingefügt, so wird der Besteller sie nach dem Grundsatz des § 346 BGB. dem Unternehmer zurückzugewähren haben, wenn eine Trennung der vom Unternehmer aufgewandten Gegenstände möglich ist.[71]) Das wird aber in nicht allen Fällen in Betracht kommen. Infolgedessen muß dem Unternehmer da, wo die Rückgabe wegen der Untrennbarkeit der eingefügten Sachen versagt, jedenfalls in anderer Weise geholfen werden. Man[72]) hat vorgeschlagen, dem Unternehmer den Wert der Zutaten nach § 346 S. 2 BGB. zu vergüten. Ich halte die Lösung der Frage in dieser Weise jedoch für bedenklich und logisch nicht haltbar, weil in dem angezogenen Satz nur von der Vergütung für Leistung von Diensten und Ueberlassung des Gebrauchs die Rede ist, während es sich hier doch um den Verlust des Eigentums handelt. Denn die Zutaten sind als wesentliche Bestandteile in das Eigentum des Bestellers übergegangen (§§ 93, 94, 946, 947). Daher kann in den Fällen, wo eine Rückgewähr wegen Untrennbarkeit fortfällt, der Unternehmer, der dadurch einen Rechtsverlust erleidet, gemäß § 951 BGB. von dem Besteller eine Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen (§§ 812, 818 BGB.).[73])

Aber mit der Lieferung von Zutaten — soweit eine solche überhaupt in Frage steht — ist die Unternehmerleistung im Werkvertrag nicht erschöpft und nur ein Teil derselben erfaßt. Die verwendeten Stoffe und Zutaten sind keineswegs das Werk selbst. Dieses bestand vielmehr auch in dem Ergebnis der mit ihnen vollzogenen Tätigkeit des Unternehmers.[74]) Es fragt sich nun, ob und wieweit die aufgewandte Arbeit zu erstatten ist. Der für den Rücktritt maßgebende § 346 BGB. bestimmt, daß für geleistete Dienste der Wert zu vergüten oder, falls im Vertrage eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten ist. Hiernach scheint es also,

---

[71]) Oertmann im Recht 1920, 153 ff.; Staudinger II 3 b zu § 634; Planck 4 zu § 634.

[72]) Dernburg § 320 III, 2.

[73]) Oertmann a.a.O.; Riezler S. 120; Staudinger a.a.O.; Simons S. 42 u. a.

[74]) Vgl. zum folgenden Oertmann a.a.O.

als ob der Unternehmer den Werklohn zu bekommen hätte. Dadurch würde aber die Wandlung, die das Gesetz im § 634 BGB. doch ausdrücklich zugesteht, für den Besteller eine sonderbare Zumutung sein und daher keine praktische Bedeutung haben. In der Tat führt uns aber auch eine genauere Betrachtung zu einem für den Werkvertrag anderen Ergebnis: Für den Rücktritt hat die Vorschrift über die Entrichtung der Vergütung ihren guten Sinn; denn sie beruht, wie Oertmann[75]) treffend hervorhebt, auf dem Gesichtspunkt eines zu unterstellenden Gleichwerts zwischen den Diensten und der versprochenen Gegenleistung, während die Wandlung eine Minderwertigkeit der Leistung des Gegners voraussetzt. Daher kann die entsprechende Anwendung des § 346 BGB. sinngemäß nur dahin führen, „hier von dem Schlußsatz überhaupt abzusehen und die Gegenleistung allein in Höhe des Werts der vollzogenen und dem Besteller verbleibenden Werkleistung dem Unternehmer zuzusprechen".[76]) Denn bei der mangelhaften Leistung ist zu bedenken, daß der gesamte Aufwand für Arbeitslohn, soziale Lasten, Geschäftsunkosten usw. gar nicht voll wirksam geworden ist, ja bis zum Nullpunkt sinken kann, wenn eben durch die Arbeitsleistung für den Besteller gar kein Wertzuwachs gegenüber dem Ursprungszustand (z. B. wertloser Gebäudeteil auf wertvollem Baugrundstück) entstanden ist. In diesem Falle erhält der Unternehmer dann gar keine Vergütung, bzw. muß er die schon erhaltene zurückerstatten. Im übrigen muß die Vergütung für geleistete Arbeit so entrichtet werden, daß sie unter gerechter, objektiver Würdigung dem Wert, den das Arbeitsergebnis für den Besteller hat, entspricht.[77])

Die Uebertragung der Vorschriften der §§ 347—348 BGB. bietet keine besonderen Schwierigkeiten mehr. Es ist folgendes kurz zu erwähnen: Die Parteien sind gemäß § 347 in Verb. mit § 989 BGB. hinsichtlich der aus dem Vertrag in ihrem Besitz befindlichen Sachen sich gegenseitig, ebenso wie der Besitzer vom Eintritt der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer, vom Empfang der Leistung an für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann. Diese Haftung kann für den Besteller entstehen beim reinen Werkvertrag wegen der vom Unternehmer gelieferten Zutaten; in erweitertem Umfange selbstverständlich beim Werklieferungsvertrag, wo der Unternehmer auch den Stoff zur Herstellung geliefert hat. Den schuldhaft handelnden Unternehmer trifft die Ersatzpflicht für Verschlechterung, Untergang oder aus

---

75) Oertmann im Recht 1920, S. 153 ff.
76) Oertmann a.a.O.
77) Oertmann a.a.O.; Planck 4 zu § 634; Staudinger II 3 zu § 634; Simons a.a.O. u.a.

einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe hinsichtlich der empfangenen Vergütung, die ja nicht gerade in Geld zu bestehen braucht. Bestand sie in Geld, was allerdings meist der Fall ist, so hat der Unternehmer den Betrag vom Zeitpunkt des Empfanges an zu verzinsen (§ 347 S. 3 BGB.).

§ 347 S. 2 BGB. erwähnt beim Rücktritt ferner die Ansprüche auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und die Ansprüche auf Ersatz der auf die empfangene Sache etwa gemachten Verwendungen. Hinsichtlich der Rechtsfolgen sollen auch hier wieder die entsprechenden Vorschriften für das oben genannte Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer Anwendung finden. Gemäß § 987 BGB. kann dann jeder Teil die Herausgabe der Nutzungen verlangen, welche der andere von der erhaltenen Sache nach Empfang derselben gezogen hat. Hat er es schuldhaft unterlassen, Nutzungen zu ziehen, die er nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte ziehen können, so entsteht eine Schadensersatzpflicht. Endlich sind die Parteien gemäß § 994 II BGB. nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag gegenseitig zum Ersatz der nach Empfang der Sache auf sie gemachten notwendigen Verwendungen verpflichtet. Soweit bei den Ansprüchen aus den §§ 997 und 994 II BGB. der Besteller die Stellung des Besitzers einnimmt, ist zu bemerken, daß die Nutzungen und Verwendungen sich natürlicherweise in der Regel auf das ganze Werk beziehen werden, Herausgabe bzw. Ersatz derselben sind aber nur in dem Maße zu berücksichtigen, in dem die Nutzungen und Verwendungen die von dem Unternehmer zu dem Werk gelieferten Sachen betreffen.[78])

Wie endlich in § 348 BGB. hervorgehoben ist sind die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien Zug um Zug zu erfüllen.

Begehrt der Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werks Minderung, so findet eine verhältnismäßige Herabsetzung der vereinbarten Vergütung in Gemäßheit des § 472 BGB. statt, der hier entsprechend anzuwenden ist. Nach dieser Vorschrift ist beim Kauf im Falle der Minderung der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Da der § 472 BGB. nur entsprechend, also soweit es sich mit dem Wesen und der Eigenart des Werkvertrags vereinbart, anzuwenden ist, muß hier gleich eine Einschränkung gemacht werden und zwar hinsichtlich des Zeitpunktes der Wertbemessung des Werks; insoweit als wir für den Werkvertrag im Gegensatz zu der wohl herrschenden Lehre[79]) nicht die Zeit des Ab-

[78]) Cappenberg S. 63.
[79]) Enneccerus § 148 II 2 c; Planck 4 zu § 634; Riezler S. 119.

schlusses des Vertrages, sondern die Zeit der Vollendung oder Herstellung des Werks für maßgebend erachten.[80]) Denn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hat das Werk ja noch gar nicht existiert. Die Abschätzung eines Werks aber, das noch nicht da ist, unter Berücksichtigung von Mängeln, die es noch nicht hat, ist, wie Crome[81]) treffend hervorhebt, wohl schwer möglich. Allerdings geht er auf der anderen Seite zu weit, wenn er sich für den Zeitpunkt der Abnahme des Werks erklärt. Denn es ist doch grundsätzlich zu berücksichtigen, daß das zu schätzende Werk gerade wegen des Mangels meist gar nicht abgenommen werden wird.[82])

Die Minderungsberechnung geschieht dann nach dem Prinzip des § 472 BGB. wie folgt: Ist p (100) die vereinbarte Vergütung, W (80) der Wert des mangelfreien Werks, w (60) der Wert des Werks in mangelhaftem Zustand und x der zu ermittelnde Betrag, auf den die Vergütung herabgesetzt wird, so ergibt sich die Gleichung $x = \frac{w}{W} \cdot p$ oder mit eingesetzten Größen $x = \frac{60}{80} \cdot 100 = 75$.

Wenn bei Herstellung mehrerer Sachen zu einem Gesamtpreis die Minderung nur wegen der Mangelhaftigkeit einzelner Sachen stattfindet, so ist der Gesamtwert aller Sachen bei der Herabsetzung der Vergütung zugrunde zu legen (§ 472 II BGB.). Der Grundsatz des § 472 II BGB. wird aber aus Billigkeitsgründen auch auf die Fälle zur Anwendung kommen müssen, wo im Falle der Herstellung mehrerer Sachen allerdings kein Gesamtpreis vereinbart war, die Sachen aber gleichwohl als zusammengehörig zu betrachten sind, so daß der Mangel einzelner Sachen auch den Wert der übrigen beeinträchtigt. Die Zahlweise, etwas rein Aeußerliches und Formales, darf nicht den Kernpunkt des § 472 II BGB., Leistung = Gegenleistung, also wirkliches Recht beeinflussen und es ist nicht einzusehen, warum der Besteller in dem oben genannten Fall bei Einzelvergütung wirtschaftlich schlechter gestellt sein soll, als wenn die Parteien bei sonst gleichen Leistungen zufällig einen Gesamtpreis festgesetzt hätten.[83])

Sind bei einem Werkvertrag auf einer Seite oder auf beiden Seiten mehrere beteiligt, so kann die Wandlung nur von allen gegen alle ausgeübt werden (§ 356 BGB.). Das Recht zu wandeln ist unteilbar.[84]) Durch Erlöschen des Wandlungsrechts für einen der Besteller erlischt es auch für die übrigen (§ 356 S. 2 BGB.). Anders ist es bei der Minde-

---

[80]) So Leonhard S. 221; Oertmann 4 zu § 634.
[81]) a.a.O. § 265 Anm. 58.
[82]) Leonhard S. 221; Oertmann 4 zu § 634.
[83]) Vgl. Dernburg § 187, 6; Leonhard S. 75; Oertmann 6 zu § 472; Planck 2 zu § 472.
[84]) Cappenberg S. 42.

rung. Hier kann, wenn mehrere Besteller oder Unternehmer beteiligt sind, die Minderung von jedem einzelnen gegen jeden einzelnen verlangt werden. Mit der Vollziehung der auch nur von einem Mitbesteller verlangten Minderung ist jedoch die Wandlung wegen desselben Mangels für alle ausgeschlossen (§ 474 BGB.). Es verbleibt ihnen aber nach wie vor das Recht zu mindern.

War die Herstellung mehrerer Werke Gegenstand eines Werkvertrages und sind nun eins oder einzelne der Werke mangelhaft, so kann auch nur in Ansehung dieser die Wandlung verlangt werden. Dies auch, wenn eine Gesamtvergütung für alle Sachen festgesetzt war (§ 469 BGB.). Die Gesamtvergütung ist alsdann nach § 471 BGB. in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit der Herstellung[85]) des Werks der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustand zu dem Wert der von der Wandlung nicht betroffenen Sachen steht. Da allerdings bei der Wandlung im Werkvertrag die mangelhafte Sache nicht zurückgewährt wird, so ist nach obiger Darlegung bei der endgültigen Preisfestsetzung, soweit die mangelhafte Sache für den Besteller noch Wert besitzt, auch dieser zu berücksichtigen.

Sind jedoch bei Herstellung mehrerer Sachen diese nach dem Vertrag als zusammengehörig anzusehen, so kann jeder Teil verlangen, daß die Wandlung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die davon mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil von den anderen getrennt werden können (§ 469 BGB.).[86])

Der § 470 regelt den Fall, wenn mehrere herzustellende Sachen im Verhältnis von Haupt- und Nebensache zueinander stehen und eine von beiden Mängel hat. Danach ist bei Mangelhaftigkeit der Hauptsache der Wandlung auch auf die Nebensache zu erstrecken. Ist dagegen die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandlung verlangt werden. Unter einer Nebensache im Sinne des § 470 BGB. ist diejenige anzusehen, deren Herstellung der Besteller nach Lage der Dinge ohne eine andere, die Hauptsache, nicht zum Inhalt des Vertrages gemacht hätte, während dies für die andere (Hauptsache) sicher wohl der Fall gewesen wäre.[87])

§ 8.

Der Anspruch auf Schadensersatz.

Die bisherigen Darlegungen behandelten die Ansprüche des Bestellers, welche ihm schon ohne eine Schuld des Unter-

---

[85]) Siehe oben S. 35.

[86]) So beispielsweise, wenn ein Schneidermeister aus einem Stoff Rock, Hose und Weste herzustellen hat und eines dieser Stücke verpfuscht wird (vgl. Riezler S. 120).

[87]) Oertmann § 470.

nehmers lediglich aus der Tatsache der Mangelhaftigkeit des Werks gegeben sind. Im § 635 BGB. werden die Rechtsbehelfe des Bestellers bei mangelhafter Herstellung für den Fall, daß der Unternehmer den Mangel zu vertreten hat, erweitert. Diese Vorschrift besagt: „Beruht der Mangel des Werks auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt der Wandlung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

Das Gesetz gibt diesen Schadensersatzanspruch „statt" der Wandlung oder der Minderung und stellt damit die einzelnen Ansprüche aus den §§ 634, 635 BGB., soweit ihre Voraussetzungen gegeben sind, zur freien Wahl[88]) des Bestellers. Er kann danach die bezeichneten Rechtsbehelfe im Eventualitätsverhältnis geltend machen, um, falls der weitestgehende Anspruch auf Schadensersatz nicht begründet ist, noch mit einem Anspruch aus § 634 BGB. durchzudringen. Dagegen kann er diese Rechte nicht auch kumulativ zu dem Schadensersatzanspruch verfolgen. Die Fassung des Gesetzes läßt nicht zu, den Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB. auch neben einer durchzuführenden Wandlung oder Minderung zu geben, sondern nur jedes für sich allein.[89])

Auch der Schadensersatzanspruch hat ebenso wie die Ansprüche auf Wandlung oder Minderung zur Voraussetzung, daß der Besteller dem Unternehmer vorher eine angemessene Frist zur Beseitigung gesetzt hat und diese Frist fruchtlos verstrichen ist; es sei denn, daß einer der im § 634 II BGB. vorgesehenen Ausnahmefälle gegeben ist und sich daher eine Fristsetzung erübrigt. Andernfalls steht dem Besteller auch hier nur der Anspruch auf Beseitigung des Mangels zu. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus dem Wortlaut des § 635 BGB. selbst. Denn das Gesetz betont, daß, sofern der Unternehmer den Mangel zu vertreten hat, der Schadensersatzanspruch „statt", d. h. an Stelle der Wandlung oder der Minderung geltend gemacht werden kann, mit anderen Worten nur dann, wenn ohne Verschulden auch diese Ansprüche an sich gegeben wären, also die Voraussetzungen hierzu bereits vorliegen. Hierfür spricht weiter — worauf das Reichsgericht[90]) mit Recht hinweist — auch der unmittelbare Zusammenhang des § 635 mit dem § 634 BGB., der im ersten Entwurf des BGB. dadurch noch deutlicher zum Ausdruck kam, daß die beiden Bestimmungen in einem Paragraphen (§ 569) zusammengefaßt waren. Das Gesetz umgeht mit der gewählten Fassung des § 635 BGB., durch die es den Besteller auch hier zunächst auf den Beseitigungsanspruch verweist,

---

[88]) Es liegt aber keine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB. vor; Oertmann 8 zu § 463.

[89]) Vgl. Oertmann 2 zu § 635; RG. 58, 178; 95, 4.

[90]) RG. 56, 82.

bewußt das Auftreten für den Unternehmer unbilliger Härten. Die Mängelbeseitigung ist ein nur dem Werkvertrag eigentümlicher Rechtsbehelf. Sie schützt den Unternehmer einmal vor der schweren Haftung aus den §§ 634 ff. BGB., die erst unter besonderen Voraussetzungen gegeben ist; sie belastet ihn andererseits nicht unbillig, weil er ja zu mangelfreier Herstellung des Werks verpflichtet ist. Liegen nun Mängel vor, so ist ihm die Möglichkeit gegeben, dieser Verpflichtung durch nachträgliche Einwirkung auf das hergestellte Werk noch nachzukommen und damit schwereren Folgen zu entgehen. Gleichzeitig aber dient die Mängelbeseitigung vor allem den Interessen des Bestellers, wenn sein Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Werks hierdurch erfüllt wird. Die verständliche Tendenz der §§ 633 ff. BGB. geht demnach grundsätzlich immer dahin, die Beziehungen der Parteien da, wo nicht gleich richtig geleistet wurde, durch die Mängelbeseitigung noch nachträglich im Wege der ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages zu erledigen. Man muß daher schon aus diesem Gesichtspunkt auch für den Fall, daß der Unternehmer den Mangel zu vertreten hat, den Besteller zunächst auf den Beseitigungsanspruch verweisen, und es würde eine durch nichts gerechtfertigte Unbilligkeit für den Unternehmer bedeuten, wenn das oben genannte Prinzip beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 635 BGB. ohne weiteres über den Haufen geworfen würde, trotzdem das Vertragsziel durch die Beseitigung des Mangels erreicht werden könnte.[91])

Der § 635 BGB. erfordert, daß der Unternehmer den Mangel zu vertreten hat. Der Schadensersatzanspruch ist also gegeben, wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft, dessen Vorliegen sich nach allgemeinen Grundsätzen (§ 276 BGB.) bestimmt. Bedient sich der Unternehmer bei Herstellung des Werks der Hilfe Dritter, so ist bezüglich der Haftung des Unternehmers für ein Verschulden dieser Personen § 278 BGB. zu beachten.

Aus dem Fehlen einer nur zugesicherten Eigenschaft läßt sich ein Schadensersatzanspruch nicht herleiten. Anders ist es dagegen, wenn der Unternehmer die Eigenschaft in Form einer bindenden Garantieübernahme versprochen hat. Hier hat er für die Folgen des Nichtvorhandenseins aufzukommen und gemäß § 635 BGB. Schadensersatz zu leisten.[92]) Wie schon früher erwähnt, ist ein Garantieversprechen dieses Inhalts wohl zu unterscheiden von solchen, die sich beispielsweise auf eine Veränderung der Verjährungsfrist oder auf ein unentgeltliches Reparaturversprechen während einer bestimmten Zeit beziehen, falls der Besteller nicht durch unsachgemäßes Verhalten den entstandenen Schaden selbst verschuldet hat.

---

[91]) Vgl. Cappenberg a.a.O.

[92]) h. L. Leonhard S. 221; Enneccerus § 148; Oertmann 1 zu § 635 u. a.

Ueber Begriff und Inhalt des Schadensersatzanspruchs ist folgendes zu erwähnen: Zunächst kommt ein Ersatz nach § 635 BGB. lediglich für solche Schäden in Betracht, die sich gerade auf den „Mangel des Werks" selbst beziehen, wobei hinsichtlich der Art des Werks — wie schon oben hervorgehoben — wiederum eine Beschränkung nur auf die Herstellung oder Veränderung von Sachen zu erfolgen hat. Es muß sich also, anders ausgedrückt, um einen Mangel der Sache handeln, der, „von dem Verschulden des Verpflichteten abgesehen, mit der Wandlungs- oder Minderungsklage zu verfolgen sein würde."[93]) Andere Schädigungen, die sich nicht gerade aus dem Mangel einer Sache ergeben, so insbesondere der häufige Fall der Verletzung von Fahrgästen bei Transporten, fallen offenbar nicht unter § 635 BGB., sondern sind nach allgemeinen Grundsätzen (§ 276 evtl. § 823 BGB.) zu beurteilen, was vor allem für die Frage der Verjährung von ausschlaggebender Bedeutung ist (§ 638 BGB.).

Im einzelnen geht der Anspruch aus § 635 BGB. auf Ersatz dessen, was der Besteller haben würde, wenn der Unternehmer nicht mangelhaft geliefert hätte, sondern sofort die ordnungsgemäße Leistung erbracht hätte. Wenn jedoch der Vertrag wegen des Mangels für den Besteller kein Interesse mehr hat, so kann er auch Ersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern.[94]) Das ergibt sich, da die mangelhafte Herstellung des Werks teilweise Nichterfüllung ist, aus entsprechender Anwendung der §§ 325 I, 286 II, 280 II BGB. Die abweichende Auffassung, dieses Recht dem Besteller schon ohne weiteres in allen Fällen direkt zuzugestehen, würde zu unhaltbaren Folgen und einem für den Unternehmer recht unbilligen Ergebnis führen, der das Werk, auf das er Zeit und Arbeit verwandt hat, auch bei noch so unerheblichen Mängeln, falls eine Beseitigung nicht zu erreichen wäre (§ 634 II BGB.), zurücknehmen müßte, obgleich es für ihn als nach den Wünschen des Bestellers angefertigt meist unverwendbar sein wird. „Ein fast unglaublich hartes Ergebnis, das zu der Versagung der immerhin milderen Wandlung bei unerheblichen Mängeln auffällig schlecht passen würde."[95])

In der Betrachtung über den Inhalt des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung interessiert die von den Lehrbüchern und Kommentaren bei den allgemeinen Regeln der §§ 325, 326 BGB. ausführlich behandelte Frage, ob im Falle des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der Anspruch des Schadensersatzpflichtigen auf die Gegenleistung erlischt oder der Gläubiger diese noch bewirken muß. Hier haben sich zwei Theorien entwickelt. Nach der einen Theorie tritt der Scha-

[93]) RG. 66, 17; vgl. auch Leonhard S. 221/22.
[94]) So Enneccerus § 148; Oertmann 2 zu § 635 und die dort Zitierten.
[95]) Oertmann 2 zu § 635.

densersatzanspruch nur an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung, so daß die Pflicht zur Gegenleistung ungeändert bestehen bleibt (Austauschtheorie). Nach der andern dagegen soll der Schadensersatzanspruch an die Stelle beider Vertragsleistungen treten. Die Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung entfällt und das beiderseitige Verpflichtungsverhältnis löst sich auf in einen einseitigen Schadensersatzanspruch. Als Schaden kann der Gläubiger die „Wertdifferenz" verlangen, d. h. den Unterschied zwischen dem, was er bei ordnungsgemäßer Erfüllung der beiderseitigen Leistung gehabt hätte und dem, was er bei der beiderseitigen Nichterfüllung hat (Differenztheorie). Diese Theorie findet jedoch im Gesetz keine Stütze und kann auch in ihren Ergebnissen nicht befriedigen. Ich schließe mich hier den zu diesem Punkt an maßgebender Stelle[96]) gemachten Ausführungen an, wo besonders auf folgende Argumente gegen die Differenztheorie hingewiesen wird: Einmal spreche das Gesetz im § 325 selbst von der Nichterfüllung einer „Verbindlichkeit". Weiterhin werde auch bei den einseitigen Schuldverhältnissen, obwohl bei diesen eine Wertdifferenz doch nicht in Frage kommt, in den §§ 280 II, 281 II, 283 I und 286 II ausdrücklich von „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" gesprochen und im § 325 sogar auf § 286 verwiesen. Es ist aber wohl nicht anzunehmen, daß der „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" in den §§ 325, 326 eine andere Bedeutung haben soll.

Vor allem wird die Differenztheorie aber auch den praktischen Bedürfnissen oft nicht gerecht. Denn je nachdem, worin die Gegenleistung des Gläubigers besteht, wird er manchmal gerade ein Interesse daran haben, seine eigene Leistung zu bewirken, weil er beispielsweise in dem betreffenden Artikel überreiche Vorräte hat, die er gern abstoßen möchte. Nach alledem verdient daher die Austauschtheorie den Vorzug. Dabei darf man jedoch nicht soweit gehen, vom Gläubiger nun auch zu verlangen, seine Gegenleistung andauernd für den nicht vertragstreuen Teil bereitzuhalten. Vielmehr ist dann, wenn dem Gläubiger das nicht zugemutet werden kann, auch wahlweise die Anwendung der Differenztheorie zuzulassen.[97])

III. TEIL.

§ 9.

Wegfall der Mängelhaftung.

Da die Vorschriften über die Mängelhaftung im Werkvertrag dispositiver Natur sind, können die Parteien jeder-

[96]) Enneccerus § 53; Leonhard II, 1 S. 483 ff.
[97]) Enneccerus a.a.O.

zeit eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung über die Mängelhaftung treffen. Doch ist nach § 637 BGB. eine Abrede über den Erlaß oder die Beschränkung der Haftung dann nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, d. h. ihn in dem Bewußtsein, daß die Mitteilung des Mangels den Besteller von der Vereinbarung abhalten könne, nicht mitgeteilt hat.[1])

Die in den §§ 633, 634 BGB. genannten Ansprüche des Bestellers scheiden, abgesehen von einem etwaigen vertraglichen Ausschluß, weiterhin dann aus, wenn er ein mangelhaftes Werk, obschon er den Mangel kennt, vorbehaltlos abnimmt (§ 640 II BGB.). Ist also ein Mangel bei der Abnahme des Werks schon bekannt, so muß der Besteller, um seine Rechte nicht zu verlieren, deren Vorbehalt bei der Abnahme zum Ausdruck bringen. Dies kann in der verschiedensten Weise, auch durch konkludente Handlungen geschehen; erforderlich ist nur, daß er dem Unternehmer oder einem seiner legitimierten Beauftragten gegenüber den Vorbehalt so deutlich macht, daß ein Zweifel über seine Willensmeinung ausgeschlossen ist.

Der § 640 II BGB. erwähnt nun zwar, daß der Vorbehalt „bei der Abnahme" geschehen müsse. Hier ist jedoch mit Recht von einer allzu engen und nur dem Buchstaben gerecht werdenden Auslegung abgesehen worden. Häufig dürfte es vorkommen, daß der Vorbehalt bereits vor der Annahme gelegentlich besichtigender Besprechungen erfolgt ist, und man wird auch diesen vorher erklärten Vorbehalt für ausreichend erachten müssen, wenn er bei der Abnahme erkennbar aufrecht erhalten bleibt.[2]) Wenn die Bestimmung des § 640 II BGB. auch getroffen ist, um dem Unternehmer durch die Abnahme, soweit es eben dann möglich ist, einen Ueberblick über seine noch bestehenden Verpflichtungen zu geben, so erheischen andererseits die berechtigten Ansprüche des Bestellers auch dann unbedingte Berücksichtigung, wenn sie nur vor und nicht noch einmal bei der Abnahme geltend gemacht wurden. Ich bin der Auffassung, daß hier eine weitherzige Auslegung am Platze ist in dem Sinne, daß selbst ein Uebergehen des vorher erklärten Vorbehalts bei der Abnahme ihn nicht unwirksam mache, falls nicht das Verhalten des Bestellers die Annahme eines Verzichts begründet. Denn es wird doch häufig der Fall sein, daß beispielsweise bei Bauwerken gerade Mängel, über die beide, Unternehmer und Besteller, vor der Abnahme sich wiederholt unterhalten haben und die der Unternehmer anerkannt und deren Beseitigung er versprochen hat, bei der Abnahme als bekannt übergangen

---

[1]) Vgl. Enneccerus § 109, 2; Leonhard S. 57.
[2]) RG. 73/147.

werden. Das wirkliche Recht des Bestellers dürfte hier nicht dem Buchstaben geopfert werden.

Die angezogene Vorschrift des § 640 II BGB. bezieht sich nur auf die Rechtsbehelfe der §§ 633, 634 BGB. Der Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB. wird hiervon nicht berührt. Allerdings stehen einige Schriftsteller[3]) auf dem Standpunkt, daß der Besteller, bei vorbehaltloser Annahme eines mangelhaften Werks trotz Kenntnis des Mangels auch den Anspruch auf Schadensersatz verliere, da eine andere Lösung den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspreche. Man darf aber in dieser Erwägung nicht so weit gehen und gegen die positive Bestimmung des § 640 II BGB. verstoßen, der die §§ 633 und 634 BGB. anführt, den § 635 BGB. dagegen ausdrücklich ausläßt. Ueberdies — und dieser Gesichtspunkt wird auch den Gesetzgeber bei der Wahl der vorliegenden Fassung des § 640 BGB. bestimmt haben — ist doch zu bedenken, daß der Schadensersatzanspruch ein Verschulden oder einen sonst vom Unternehmer zu vertretenden Umstand voraussetzt. Gerade hierin liegt der Gegensatz zu den Rechtsbehelfen der §§ 633 und 634 BGB., die eben beide kein Verschulden des Unternehmers fordern. Es dürfte daher auch nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn diese Ansprüche hier eine andere Behandlung erfahren als § 635 BGB.[4])

Eine Haftung des Unternehmers erübrigt sich weiterhin, „wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer vom Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist." Vielmehr gibt das Gesetz dann im § 645 BGB. umgekehrt dem Unternehmer das Recht, einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen zu verlangen. Vorausgesetzt ist dabei allerdings, daß nicht gleichzeitig der Unternehmer schuldhaft gehandelt hat, was das Gesetz durch die Worte zum Ausdruck bringt: „ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat."

Die Frage, ob der Unternehmer verpflichtet ist, den vom Besteller gelieferten Stoff auf etwaige Mängel zu prüfen, kann nicht für alle Fälle gleichmäßig beantwortet werden. Eine solche Prüfungspflicht wird dann zu bejahen sein, „wenn der Unternehmer auch für die Prüfung des Stoffes als Sachkundiger erscheint und der Werkvertrag die Auslegung gestattet, daß der Besteller auf eine solche Prüfung hat rechnen dürfen, während sie zur verneinen sein wird, wenn umgekehrt in Betreff jener Prüfung der Besteller als der Sach-

[3]) Dernburg § 320 VI; Oertmann 1 e α zu § 635.
[4]) Planck 3 b zu § 640; Crome 265 5 b.

verständige sich ergibt, welcher eine sachverständige Nachprüfung von seiten des Unternehmers hat nicht erwarten dürfen, wie z. B. in vielen Fällen, wenn ein Fabrikant einem Arbeiter den in der Fabrik hergestellten Stoff zur Bearbeitung überliefert."[5])

Den Grundsätzen von Treu und Glauben entspricht es fernerhin, daß der Unternehmer die von ihm erkannten Fehler des Stoffes anzuzeigen, sowie bei einer vom Besteller erteilten Anweisung diesen auf etwaige Nachteile oder Gefahren hinzuweisen hat, die durch ihre Befolgung entstehen können.[6])

IV. TEIL.

§ 10.

Die Verjährung der Ansprüche des Bestellers.

„Weil die Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist,"[1]) hat man beim Kauf für die Mangelansprüche eine von der allgemeinen Verjährungsfrist des § 195 BGB. abweichende kürzere Verjährung eingeführt. Die gleichen Gesichtspunkte waren auch entscheidend für die Regelung der Verjährung im Werkvertrag. Die entsprechende Uebertragung der Verjährungsvorschriften für den Kauf auf den Werkvertrag erschien nach den Motiven[2]) „um so angemessener, als zwischen dem Werkvertrag und dem Veräußerungsvertrag eine nahe Verwandtschaft besteht und in manchen Fällen die Entscheidung schwierig sein kann, ob der Vertrag ein Veräußerungsvertrag oder ein Werkvertrag ist."

Gemäß § 638 BGB. verjähren die Ansprüche des Bestellers, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in 6 Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahr, bei Bauwerken in 5 Jahren. Diese kurzen Verjährungsfristen beziehen sich nach § 638 BGB. auf alle dem Besteller wegen Mängeln des Werks zustehenden Ansprüche der §§ 633 ff. BGB., wie wir sie oben besprochen haben, also den Anspruch auf Beseitigung, sowie Wandlung und Minderung und den Schadensersatzanspruch im Sinne des § 635 BGB. Sie beziehen sich aber auch nur auf diese. Eine Ausdehnung auf andere, sich irgendwie infolge der beiderseitigen Beziehungen ergebenden Ansprüche

---

[5]) Mot. II. S. 486.
[6]) Mot. a.a.O.; Niedermayr S. 63; Simons S. 56.
[1]) Mot. II. S. 238.
[2]) Mot. II. S. 486.

des Bestellers ist ausgeschlossen. Die besondere Herausstellung dieses Grundsatzes geschieht deshalb, weil — soweit Schadensersatzansprüche in Frage stehen – der § 638 BGB. zunächst unterschiedslos auf alle Ersatzansprüche wegen Schädigungen aus dem Werkvertrag angewandt worden ist, so insbesondere auch auf Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Fahrgästen bei Transportverträgen.[3]) Dem ist, wie gesagt, nicht beizutreten, was sich auch bereits aus den Erörterungen bei § 635 BGB. ergibt. Auch hier tritt also die praktische Bedeutung der oben verteidigten Auffassung hervor, die die §§ 634 ff. BGB. nur auf Mängel einer Sache bezieht. „Der Grund für die kurze Verjährung liegt lediglich darin, die Frage der Sachmängel, deren spätere Prüfung unverhältnismäßig schwierig ist, schnell zu erledigen".[4])

Allerdings hat auch die Rechtsprechung, wie aus mehreren Entscheidungen des Reichsgerichts[5]) zu ersehen ist, sich der Einsicht nicht mehr verschlossen, daß die kurze Verjährungsfrist beispielsweise auf die Ersatzansprüche aus Schädigungen bei Transporten und der falschen Aufstellung einer Taxe nicht anwendbar ist, ohne jedoch in der Begründung nach den obigen Gesichtspunkten vorzugehen. Vielmehr stellt das Reichsgericht darauf ab, daß zur Anwendung der kurzen Verjährung ein unmittelbarer Zusammenhang des Schadens mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrag erforderlich sei. Diese Begründung müßte aber doch beispielsweise bei einem Schaden, der auf dem Transport durch unvorsichtiges Fahren entstanden ist, folgerichtig dazu führen, die kurze Verjährungsfrist zu bejahen. Denn der direkte Zusammenhang mit der mangelhaften Leistung ist hier unbedingt vorhanden.[6]) Eine klare Scheidung der Sachmängel und der nur für sie geltenden Gesetzesbestimmungen von Schäden anderer Art dürfte aber jede Unsicherheit des Entscheidungsgrundes beseitigen.

Nicht erwähnt ist im § 638 BGB. der Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 633 III BGB. Doch sind m. E. die kurzen Verjährungsfristen ohne weiteres auch auf diesen Anspruch anzuwenden. Zwar ist diese Auffassung unter Berufung auf den Wortlaut des § 638 BGB. vielfach bestritten worden; sie entspricht aber durchaus der heute herrschenden Lehre.[7]) Der Anspruch auf Aufwendungsersatz ist — wie schon oben hervorgehoben — kein solcher aus auftragloser Geschäftsführung, so daß er vielleicht dieserhalb hier eine

---

[3]) RG. Bl.f.RA. 71, 119; RG. in JW. 1905, 484.

[4]) Leonhard S. 222.

[5]) RG. 62 , 119; 64, 41 ff.; 66, 12 ff.; 93, 158 ff.; vgl. auch Staudinger 2 zu § 638.

[6]) Leonhard a.a.O.

[7]) RG. 80, 439; Enneccerus § 148 II, 4 a; Oertmann 5 zu § 638; Planck 3 zu § 638 u. a.

gesonderte Behandlung erfahren müßte; sondern er ist ein dem Werkvertragsrecht eigentümlicher, dem Besteller ebenso wie die in § 638 BGB. genannten anderen Ansprüche gerade wegen der Mängel des Werks zustehender Anspruch. Die Gründe, die zur Normierung der kurzen Verjährungsfristen geführt haben, nämlich baldige Klärung und endgültige Lösung eines Vertragsverhältnisses, das auf Leistungen begründet ist, deren Prüfung entsprechend der Fristverlängerung erschwert wird, treffen für den Anspruch aus § 633 III BGB., da er ja gerade die behobenen Mängel betrifft, in gleicher Weise zu, wie für die übrigen Mängelansprüche. Er ist, wie das Reichsgericht[8]) ausführt, seinem Wesen nach nur als ein Ausfluß, als eine Abart des Anspruchs auf Beseitigung anzusehen und wird daher, ohne daß es seiner besonderen Aufführung im § 638 BGB. bedarf, weil schon in dem Anspruch auf Beseitigung mitenthalten, ebenfalls von der kurzen Verjährung betroffen.

Für „Bauwerke", also nicht nur für Gebäude,[9]) sieht das Gesetz eine Verjährungsfrist von 5 Jahren vor und trägt damit den Bedürfnissen des praktischen Lebens ausreichend Rechnung, weil innerhalb dieser Frist Schäden, die auf mangelhafter Herstellung beruhen, zutage treten müssen. Wegen der kürzeren Verjährungsfrist von einem Jahr bei „Arbeiten an einem Grundstück" entstehen häufiger Streitigkeiten darüber, ob sie nicht auch noch als Bauwerk aufzufassen sind. Rechtsprechung und Lehre haben von dem Sprachgebrauch ausgehend Definitionen für das Bauwerk aufgestellt, die eine Unterscheidung zwischen Bauwerk und Arbeiten an einem Grundstück ermöglichen, ohne die Frage restlos zu lösen. So sagt das Reichsgericht:[10]) „Unter einem Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen"; und Oertmann[11]) definiert: „Bauwerk ist ein Werk, das mit einem Grundstück oder Gebäude verbunden und nach seiner typischen Zweckbestimmung unbeweglich ist; das ferner nicht in einer bloßen Umgestaltung des Bodens bestehen darf".

Die Verjährung beginnt mit der Abnahme und, falls diese nach der Beschaffenheit des Werks ausgeschlossen ist, mit der Vollendung des Werks. (§§ 638, 646 BGB.). — Die Verjährungsfristen des § 638 BGB. können ebenso wie die normalen Verjährungsfristen von den Parteien verkürzt (§ 225 I, 2 BGB.), aber auch ausnahmsweise entgegen der allgemeinen Regel des § 225 I, 1 BGB. auch verlängert werden

---

[8]) RG. 80, 439.
[9]) Vgl. Mot. II. S. 489.
[10]) 30, 153; 56, 43.
[11]) 3 b zu § 648.

(§ 638 II BGB.). Jedoch wird man der herrschenden Lehre darin zustimmen können, daß die Verjährungsfrist vertraglich nicht über die allgemeine Höchstfrist von 30 Jahren erstreckt werden darf. Denn — wie Riezler[12]) mit Recht betont — ist der dem § 638 II BGB. zugrunde liegende Gedanke lediglich der, „daß die besonders kurze Verjährungsfrist den Parteien nicht aufgezwungen werden soll". An eine Verlängerungsmöglichkeit über den gewöhnlichen Zeitraum ist nicht gedacht. Im übrigen liegt hierzu auch gar kein Bedürfnis vor.

Als eine Verlängerung der Verjährungsfrist ist auch regelmäßig die Uebernahme einer Garantie für einen bestimmten Zeitraum zu erblicken.[13]) Doch läßt sich nur nach den Umständen des Einzelfalles feststellen, welchen Einfluß eine solche Garantiefrist auf die gesetzliche Verjährungsfrist ausüben soll. Die Motive[14]) sagen hierzu: „Welcher Sinn der Vereinbarung einer besonderen Garantiefrist — namentlich im Verhältnis zu den Verjährungsfristen — beizulegen ist, muß der Auslegung des einzelnen Falles überlassen bleiben. Wenngleich solche Vereinbarungen, insbesondere bei dem Werkvertrage, erfahrungsgemäß nicht selten sind und über den Sinn derselben oft Streit entsteht, so ist es doch richtiger, wie bei dem Veräußerungsvertrage, so auch hier, von besonderen Bestimmungen in dieser Richtung abzusehen." In der Regel wird eine Garantiefrist so aufzufassen sein, daß innerhalb dieses vereinbarten Zeitraums wohl die Ansprüche aus der Mängelhaftung noch geltend gemacht werden können, die gesetzliche Verjährungsfrist für jeden einzelnen Mangel jedoch in dem Zeitpunkt seiner Feststellung zu laufen beginnt.[15])

Im übrigen finden auf die Verjährung der im § 638 BGB. bezeichneten Ansprüche des Bestellers die §§ 477 II,III, 478, 479 in Verbindung mit § 639 BGB. Anwendung. Danach gilt für die Unterbrechung und Hemmung der Verjährung — abgesehen von den allgemeinen Bestimmungen — folgendes: Die Verjährung wird gemäß § 477 II BGB. unterbrochen durch den Antrag des Bestellers auf Sicherung des Beweises, und zwar bis zur Beendigung des Verfahrens. Bezüglich der Hemmung ist § 639 II BGB. besonders zu beachten: Unterzieht sich nämlich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels, so ist die Verjährung so lange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt, oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert.

---

[12]) S. 128.
[13]) RG. 65, 122; Gruch. Beitr. 53, 81.
[14]) Mot. II. S. 488.
[15]) RG. 65, 119 ff.

Die besprochenen Mängelansprüche können nur zusammen verjähren. Hemmung oder Unterbrechung eines dieser Ansprüche bewirkt auch zugleich die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der übrigen (§§ 639 I, 477 III BGB.).

Aus der entsprechenden Anwendung des § 478 BGB. ergibt sich für die einredeweise Geltendmachung der Wandlung oder Minderung folgende besondere Regelung: Nach Vollendung der Verjährung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung nämlich hat der Besteller das Recht, die Entrichtung der Vergütung insoweit zu verweigern, als er auf Grund der Wandlung oder Minderung dazu berechtigt sein würde, nur noch dann, wenn er binnen der Verjährungsfrist den Mangel dem Unternehmer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesandt hat. Der Anzeige des Mangels stehen gleich der Antrag auf Beweissicherung sowie die Streitverkündigung an den Unternehmer.

Endlich kann nach Vollendung der Verjährung der Anspruch auf Schadensersatz nur dann aufgerechnet werden, wenn der Besteller vorher eine der oben bezeichneten Handlungen vorgenommen hat (§ 479).[16]) — Wenn allerdings der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, so behält der Besteller das Einrederecht und die Aufrechnungsbefugnis in jedem Falle, ohne daß es einer besonderen Anzeige des Mangels oder einer dieser gleichstehenden Handlung bedarf (§§ 478 II, 479, 2).

---

[16]) Der verjährte Schadensersatzanspruch kann nach § 479 BGB. jedoch nur gegen Forderungen des Bestellers aus demselben Werkvertrag aufgerechnet werden; RG. 56, 166.

Lebenslauf.

Am 10. September 1906 wurde ich als Sohn des Studienrats Franz Frye und seiner Ehefrau Else geb. Althans zu Neuwied am Rhein geboren. Nach Besuch der Vorschule in Essen trat ich Ostern 1916 in die Sexta des Helmholtz-Realgymnasiums zu Essen ein und bestand dort Ostern 1925 die Reifeprüfung. Danach studierte ich 2 Semester Mathematik und 7 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Marburg, Bonn, Münster und Göttingen. Am 17. Januar 1930 bestand ich vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts Celle die erste juristische Prüfung und bin seit dem 1. April 1930 mit einer viermonatigen Unterbrechung als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm tätig. Am 21. Juli 1933 legte ich die mündliche Doktorprüfung ab. Es sei mir gestattet, an dieser Stelle meinen akademischen Lehrern, insbesondere Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Leonhard für die Anregungen bei der vorliegenden Arbeit meinen herzlichen Dank auszudrücken.

Erich Frye.